

Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ROGER GIROUD

von Zürich und Grandevent VD

genehmigt auf Antrag der Herren
Prof. Dr. Peter Forstmoser und Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG Zürich 1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Konkurseröffnung und ihr Aufschub bei der Aktiengesellschaft

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

ROGER GIROUD

von Zürich und Grandevent VD

genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Peter Forstmoser und Prof. Dr. Hans Ulrich Walder

Schulthess Polygraphischer Verlag AG Zürich 1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 10. Dezember 1980

Der Dekan:

Prof. Dr. G. Hauser



Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 50 der Reihe

Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Peter Forstmoser

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1981
ISBN 3 7255 2101 8

Satz und Druck: Verlag Hans Schellenberg, Winterthur

Meinen lieben Eltern

Dankbar bin ich Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser und Herrn Prof. Dr. Hans Ulrich Walder für ihr Interesse und Verständnis. Sie haben meine Arbeit stets in wertvoller Weise unterstützt und gefördert sowie mir in der Ausgestaltung grosse Freiheiten gewährt. Ein besonderer Dank gebührt ihnen für die unverzügliche und ausserordentlich rasche Korrektur.

Meinen Eltern danke ich für alles, was sie mir gegeben und ermöglicht haben, namentlich dieses Studium.

Das Material ist bis Ende Dezember 1980 berücksichtigt.

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	X
Literaturverzeichnis	XIV

Einleitung	1
------------	---

1. Teil und

§ 1 Verhältnisse vor der Gründung der AG	3
--	---

2. Teil

Verhältnisse während des Bestehens der AG	5
---	---

§ 2 Entstehung, Auflösung und Untergang der AG	5
--	---

§ 3 Konkursöffnung als Auflösungsgrund	7
--	---

§ 4 Anwendbares Verfahren	15
---------------------------	----

§ 5 Konkursgründe	17
-------------------	----

§ 6 Möglichkeiten, die Konkursöffnung hinauszuschieben oder abzuwenden	104
--	-----

§ 7 Einzelne Verfahrensfragen (Besonderheiten bei der AG)	154
---	-----

3. Teil und

§ 8 Verhältnisse nach dem Untergang der AG	170
--	-----

INHALTSVERZEICHNIS

Abkürzungsverzeichnis	X
Literaturverzeichnis	XIV
Einleitung	1
1. Teil und	
§ 1 Verhältnisse vor der Gründung der AG	3
I. Neugründung	3
II. Umwandlung	4
2. Teil	
Verhältnisse während des Bestehens der AG	5
§ 2 Entstehung, Auflösung und Untergang der AG	5
I. Entstehung	5
II. Auflösung und Untergang	5
§ 3 Konkurseröffnung als Auflösungsgrund	7
I. Im allgemeinen	7
II. AG in Auflösung mit Liquidation	8
III. AG in Auflösung ohne Liquidation	9
A. Fusion	9
B. Verstaatlichung	11
C. Umwandlung in eine GmbH	11
D. Sitzverlegung ins Ausland	12
IV. Mit Gründungsmängeln behaftete AG	12
V. Nichtige AG	13
§ 4 Anwendbares Verfahren	15
I. Grundsatz	15
II. Schranken	15
§ 5 Konkursgründe	17
I. Allgemeines	17
II. Ordentliche Konkursbetreibung	18
A. Begriff	18
B. Voraussetzungen	18
1. Einleitungsverfahren und Fortsetzungsbegehren	18
2. Konkursfähigkeit	19

	3. Konkursrechtlich vollstreckbare Forderung	19
	4. Betreibungsort	20
	C. Legitimation	20
	D. Verfahren	22
III.	Wechselbetreibung	22
	A. Begriff	22
	B. Voraussetzungen	23
	1. Wechsel oder Check	23
	2. Wechselmässige Haftbarkeit der AG	23
	3. Einleitungsverfahren	24
	4. Wechselbetreibungsfähigkeit	24
	5. Betreibungsort	24
	6. Begehren der Wechselbetreibung durch den Betreibenden	24
	7. Übergabe des Wechsels oder Checks an das Betreibungsamt	25
	C. Legitimation	25
	D. Verfahren	25
IV.	Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung	25
	A. Unbekannter Aufenthalt	26
	B. Zahlungsfucht	30
	C. Betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger	34
	D. Vermögensverheimlichung	36
	E. Zahlungseinstellung	39
	F. Widerruf einer Nachlassstundung und Verwerfung oder Widerruf eines Nachlassvertrages	41
	G. Insolvenzerklärung	44
	H. Überschuldung	52
§ 6	Möglichkeiten, die Konkurseröffnung hinauszuschieben oder abzuwenden	104
I.	Möglichkeiten des SchKG	104
II.	Möglichkeiten des OR (Konkursaufschub)	105
	A. Begriff	105
	B. Zweck	105
	C. Voraussetzungen	108
	1. Formelle Voraussetzungen	108
	a) Antrag	108
	b) Überschuldungsanzeige	110
	c) Hinterlegung der Bilanz	111
	d) Kostenvorschuss	111
	e) Mindestens einjährige Abwesenheit einer Notstundung	111
	2. Materielle Voraussetzungen	112
	a) Überschuldung	112
	b) Aussicht auf Sanierung	112
	c) Keine Verletzung des durch den Konkursgrund der Überschuldung gewährten Gläubigerschutzes	122
	D. Legitimation	123

E. Entscheid des Richters	123
1. Verhältnis zwischen Aufschubsantrag und Konkursbegehren eines Gläubigers	123
2. Zur Erhaltung des Vermögens geeignete Massnahmen	126
Einzelne Massnahmen:	
a) Publikation	127
b) Verfügungsbeschränkung im Grundbuch	127
c) Inventaraufnahme und Schuldenruf	128
d) Sachwalter	129
e) Geschäftsführer	133
f) Beschränkung der Dispositionsfähigkeit	134
g) Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss	135
h) Betreibungsstopp	136
3. Aufschubsfrist	136
F. Wirkungen	137
1. Aufschub der Konkurseröffnung und deren Wirkungen	138
2. Richterliche Massnahmen	138
3. Rechtsstillstand	138
4. Verjährungs- und Verwirkungsfristen	140
5. Anfechtungsklage	140
6. Privilegierte Forderungen	141
7. Grundpfandzinsen	142
8. Keine Masse	142
9. Fälligkeit	142
10. Zinsenlauf	142
11. Verrechnung	143
12. Notstundung	143
13. Verträge	143
a) Schenkungsversprechen	144
b) Auftrag; OR 401	144
c) Bürgschaft	145
14. Organe	147
15. Gläubiger	147
G. Dauer	148
H. Verhältnis zum Nachlassvertrag	149
I. Verfahren	150
1. Zuständige Instanz	150
2. Publikation des Aufschubsantrages	150
3. Berufung	151
4. Andere Rechtsmittel	153
K. Stellung im Meinungsspektrum	153
III. Prozessuale Möglichkeiten	153
§ 7 Einzelne Verfahrensfragen (Besonderheiten bei der AG)	154
I. Existenz der Gesellschaft	154
II. Ungenaue Bezeichnung	154
1. Fehlender Zusatz "AG"	154
2. Betreibung unter alter statt neuer Firma	155
III. Betreibungsort	155

IV.	Rechtsstillstand	158
	1. Militärdienst	158
	2. Verhaftung	159
	3. Schwere Erkrankung	160
V.	Zustellung der Betreuungsurkunden	160
VI.	Rechtsvorschlag	167
VII.	Anzeige der Konkursverhandlung	168
VIII.	Konkurseröffnungsort	168
IX.	Beschwerde	169
X.	Überschuldung und Konkursaufschub	169
3.	Teil und	
§ 8	Verhältnisse nach dem Untergang der AG	170
I.	Wiedereintragung einer gelöschten Gesellschaft	171
II.	Fusionswirkungen	171

Verweisungen auf Stellen dieser Arbeit erfolgen nach Paragraphen (§) und Randnoten (N) oder Anmerkungen (Anm.), innerhalb des gleichen Paragraphen nur nach N oder Anm.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Die Abkürzungen beruhen weitgehend auf dem Abkürzungsverzeichnis, herausgegeben von der Bundeskanzlei in Zusammenarbeit mit dem Bundesgericht und der Staatsschreiberkonferenz (Bern 1976).

a.a.O.	am angeführten Ort
AB	Aufsichtsbehörde
Abs.	Absatz/Absätze
Abt.	Abteilung
a.E.	am Ende
AFG	BG vom 1. Juli 1966 über die Anlagefonds (SR 951.31)
AG	Aktiengesellschaft Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen (Hamburg 1956 ff.)
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
aOR	altes Obligationenrecht (BG über das Obligationenrecht vom 14. Juli 1881)
Archiv	Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs (Bern 1892–1912)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen (Eidgenössische Gesetzessammlung); ab 1948: Sammlung der eidgenössischen Gesetze
ASA	Archiv für schweizerisches Abgaberecht (Bern 1932 ff.)
ASR	Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge (Bern)
Aufl.	Auflage
BankG	BG vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (SR 952.0)
BB	Betriebs-Berater, Zeitschrift für Recht und Wirtschaft (Heidelberg 1946 ff.)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern 1849 ff.)
Bd.	Band
bes.	besonders
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes. Amtliche Sammlung (Lausanne 1876 ff.)
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel 1954 ff.)
BISchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (Wädenswil 1937 ff.)
Botsch	Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV–XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts (vom 21. Februar 1928), BBl 1928 I 205 ff.
B+V	Büro + Verkauf, Monatsschrift für Rechnungswesen, Büroorganisation und Datenverarbeitung (Zürich 1932 ff.), früher: Schweizerische Monatsschrift für kaufmännische Organisation und Absatztechnik (1932–September 1944), Schweizerische Monatsschrift für kaufmännische Organisation und Verkaufspraxis (Oktober 1944–1966), Schweizerische Monatsschrift für Betriebswirtschaft und Organisation (1967–1974)

bzw.	beziehungsweise
DAktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965 (Bundesrepublik Deutschland)
ders.	derselbe (Autor)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E	Erwägung(en)
eidg.	eidgenössisch
Einl.	Einleitung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Extraits	Extraits des principaux arrêts rendu par les diverses sections du Tribunal Cantonal de l'Etat de Fribourg (Fribourg 1859 ff.)
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
franz.	französisch
GebTSchKG	Gebührentarif zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 7. Juli 1971 (SR 281.35)
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
GVP	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis (St. Gallen 1951 ff.)
H	Heft
HRegV	V über das Handelsregister vom 7. Juni 1937 (SR 221.411)
hrsg.	herausgegeben
insbes.	insbesondere
i.S.	in Sachen
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JdT	Journal des Tribunaux (Lausanne 1853 ff.)
KassGer	Kassationsgericht
KOV	V über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911 (SR 281.32)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide I. Teil; vor 1974: Entscheidungen des Obergerichtes des Kantons Luzern und der Anwaltskammer (Maximen) (Luzern 1911 ff.)
lit.	litera = Buchstabe
MaschSchr.	Maschinenschrift
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
Max	Entscheidungen des Obergerichtes des Kantons Luzern und der Anwaltskammer (Maximen) (Luzern 1911 ff.); ab 1974: Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide I. Teil
Monatsblätter	Monatsblätter für Betreibungs- und Konkursrecht (Zürich 1908–1911)
N	Note, Randnote
NF	Neue Folge
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich 1780 ff.)
OeAktG	BG vom 31. März 1965 über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz 1965) (Republik Österreich)
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110)
OGer	Obergericht

OR	revidiertes Schweizerisches Obligationenrecht (BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911/18. Dezember 1936 (SR 220)
ORK	Oberrekurskommission
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden (Chur 1935 ff.)
Pr	Die Praxis des Bundesgerichts (Basel 1912 ff.)
PTT	Post-, Telefon- und Telegrafennetze
RB	Rechenschaftsbericht
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria (Bellinzona 1868 ff.)
resp.	respektive
S.	Seite(n)
SAG	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zeitschrift für Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich 1928 ff.)
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SchlBest.	Schlussbestimmungen
SemJud	La Semaine judiciaire (Genf 1879 ff.)
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SHZ	Schweizerische Handels Zeitung (Zürich 1862 ff.)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf 1941 ff.)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich 1904 ff.)
SKV	Schweizerischer Kaufmännischer Verein
SOG	Solothurnische Gerichtspraxis (Solothurn 1974 ff.); vor 1974: Bericht des OGer des Kantons Solothurn über die Rechtspflege ...
Sp.	Spalte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtsammlung) (Bern 1970 ff.)
SSHW	Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht (Zürich)
ST	Der Schweizer Treuhänder – L'Expert-Comptable Suisse, Zeitschrift für Revision, Betriebswirtschaft und Steuer (Zürich 1927 ff.)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
SZBK	Schweizerische Zeitschrift für Betreibungs- und Konkursrecht sowie für Zivilprozessrecht (Zürich 1912–1926)
u.a.	unter anderem
ÜbBest.	Übergangsbestimmung(en)
usw.	und so weiter
V	Verordnung
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (Bern 1927–1963); ab 1964: VPB
vgl.	vergleiche
VNB	V betreffend das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935 (SR 952.831)
vol.	volume = Band
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (Bern 1964 ff.); früher: VEB
WPg	Die Wirtschaftsprüfung, Betriebswirtschaftliches Archiv und Fachorgan für das wirtschaftliche Prüfungs- und Treuhandwesen (Düsseldorf 1948 ff.)
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil 1920 ff.)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern 1865 ff.)

ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich 1900 ff.)
ZBR	Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Frankfurt 1972/73; Berlin/New York 1974 ff.)
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZKw	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen (Frankfurt a.M. 1948 ff.)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich 1902 ff.)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge (Basel 1882 ff.)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen (Zürich 1946 ff.)
ZWR	Zeitschrift für Walliser Rechtsprechung (Sitten 1967 ff.)

LITERATURVERZEICHNIS

Die nachstehend aufgeführten Werke werden nur mit dem Verfassernamen, allenfalls mit einem Zusatz zitiert.

- Aellig, Willi: Aus der Pathologie der Aktiengesellschaft: Gesellschaften ohne Substanz, SAG 20 (1947/48) 210 ff.
 – Familien-AG und Limitierung der Risiken – eine Illusion, SAG 29 (1956/57) 95 ff.
 Albisetti, Emilio/Bodmer, Daniel/Boemle, Max/Gsell, Max/Rutsci, Ernst: Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz (3. Aufl., Thun 1977)
 Allemann, Fridolin: Das Verhältnis des Reglementes zu den Statuten der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1951)
 Altenburger, Peter R.: Die Patronatserklärung als "unechte" Personalsicherheiten (Diss. Basel 1979 = SSW 40)
 Amonn, Kurt: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts (Bern 1980)
 – Sicherung und Vollstreckung von Steuerforderungen, ASA 47 (1978/79) 433 ff.
 Amrein, F.: Die Übernahme einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 748 OR und der Beteiligungserwerb mit Aktienumtausch, SAG 35 (1962/63) 345 ff.
 Autenrieth, Fritz E.: Die staatsrechtliche Stellung der Schweizerischen Nationalbank (Diss. Zürich 1932)
 Bachmann, G.: Das schweizerische Obligationenrecht, hrsg. von Bachmann, G./Goetzinger, F./Sigmund, L./Zeller, Heinrich (Zürich 1915)
 Bachtler, Heinz: Praktische Fragen bezüglich der Beistandschaft für juristische Personen, in: Probleme und Ziele der vormundschaftlichen Fürsorge, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder (Zürich 1963) 217 ff.
 Bär, Rolf: Gründergesellschaft und Vorgesellschaft zur AG, in: Recht und Wirtschaft heute, Festgabe zum 65. Geburtstag von Max Kummer, hrsg. von Hans Merz und Walter R. Schluep (Bern 1980) 77–98, zit. R. Bär
 – Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85 (1966) II 321 ff., zit. R. Bär
 Bär, Thomas: Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft (Diss. Zürich 1963), zit. T. Bär
 Battig, Kurt: Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle im Aktienrecht (Diss. St. Gallen 1976 = Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 16, Zürich 1976)
 – Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle in der Bundesgerichtspraxis, in: Aufgaben und Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 36 (Zürich 1979) 39–49, zit. Bundesgerichtspraxis
 Bauhofer, A.: Über das Verhältnis von Beschwerdeführung und Einschreiten der Aufsichtsbehörden von Amtes wegen (Art. 13 und Art. 17 Abs. 2 SchKG), SJZ 19 (1922/23) 1 ff.
 Baumann, Werner: Die Konkurseröffnung nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (Diss. Zürich 1979 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 33)
 Beck, Emil: Das neue Bürgschaftsrecht (Zürich 1942)
 Becker, H.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen Art. 1–183 (2. Aufl., Bern 1941, Nachdruck 1974)
 – Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. VI: Obligationenrecht, II. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse Art. 184–551 (Bern 1934)

- Beeler, Gaetano: Schweizerisches Buchführungs- und Bilanzrecht (Zürich 1956)
- Unterbilanz und Überschuldung, SJZ 47 (1951) 257 ff.
 - Unwahre und falsche Bilanzen – Bilanzfälschungen, SJZ 48 (1952) 217 ff.
- Béguelin, Edouard: Vertrag zu Lasten eines Dritten (Garantievertrag), SJK 769
- Bertsch, Wilfried: Die Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen (Diss. Zürich 1947)
- Berweger, Hans: Die Prüfung der Geschäftsführung durch die Kontrollstelle im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Basel 1979 = Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 43, Zürich 1980) (Die zit. Seitenzahlen beziehen sich auf die Ausgabe der Schriftenreihe.)
- Berz, Hans Peter: Der paulianische Rückerstattungsanspruch (Diss. Zürich 1960)
- Birchmeier, W.: Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Zürich 1950)
- Bloch, Konrad: Die Sitzverlegung von Aktiengesellschaften in das Ausland nach internationalem Recht, SJZ 48 (1952) 245 ff.
- Blumenstein, Ernst: Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes (Bern 1911)
- Die Bedeutung des revidierten Handelsrechtes für die Schuldbetreibung, ZBJV 73 (1937) 353 ff.
- Blumer, Karl/Graf, Adolf: Kaufmännische Bilanz und Steuerbilanz (7. Aufl., Zürich 1979 = Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 26)
- Bodmer, Daniel/Kleiner, Beat/Lutz, Benno: Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Zürich 1976)
- Boemle, Max: Unternehmensfinanzierung (5. Aufl., Zürich 1979 = Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 12)
- Bordt, Karl: Die Bedeutung von Patronatserklärungen für die Rechnungslegung, WPg 28 (1975) 285 ff.
- Bossard, Ernst: Die Reserven der Aktiengesellschaft im neuen Obligationenrecht (Diss. Bern 1940)
- Die Gliederung der Bilanz und Erfolgsrechnung im Wandel des Buchführungsrechts, in: Abschlussprüfung und Unternehmensberatung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer (Schriftenreihe 14, Zürich 1975) 85–96, zit. Gliederung
 - Die Organhaftung der Kontrollstelle aus Aktien- und Bankenrecht, ST 50 (1976) H 9 S. 2 ff. = ST 51 (1977) H 2 S. 18 ff. (franz.)
- Bourquin, Gérard-Charles: La divergence apparente entre les textes allemand et français de l'article 725 alinéa 2 CO (Überschuldung – Insolvabilité), SemJud 102 (1980) 193 ff. = ST 54 (1980) H 5 S. 2 ff.
- La responsabilité de l'organe de contrôle, ST 53 (1979) H 1 S. 2 f.
- Brand, Ernst: Arrest I: Zweck – Voraussetzungen, SJK 740
- Anfechtungsklage I: Natur – Voraussetzungen, SJK 742
 - Nachlassvertrag I: Nachlassvertragsarten: Gemeinsame allgemeine Regeln, SJK 958
 - Nachlassvertrag Ia: Allgemeine Regeln, SJK 958a Ersatzkarte
 - Nachlassvertrag: Übersicht über den gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung und der Rechtsprechung des Bundesgerichts, SJK 958b Ergänzungskarte
 - Nachlassvertrag II: Rechtswirkungen – Verfahren, SJK 959
 - Nachlassvertrag III: Nachlassvertrag durch Vermögensabtretung, SJK 960
 - Schuldbetreibung: Der Rechtsvorschlag, SJK 979
 - Ordentliche Konkursbetreibung, SJK 992
 - Konkursgründe I: Voraussetzungen, SJK 993
 - Konkursgründe II: Konkurskenntnis – Rechtsmittel und deren Wirkungen – "Nova", SJK 994
 - Konkurs VII: Die Konkursmasse, SJK 999

- Brand, Ernst: Schuldbetreibung und Konkurs: Teilrevision durch das BG vom 28. September 1949: I, SJK 1033
- Schuldbetreibung und Konkurs: Teilrevision durch das BG vom 28. September 1949 II, SJK 1034
- Gerichtsstand der betreibungs- und konkursrechtlichen Klagen III 3. Teil: Vorschriften für die Klagen, die in der auf dem Wege des Konkurses fortgesetzten Betreibung vorkommen (§§ XII–XXXI), SJK 1170
- Zeitpunkt und Wirkung der Konkurseröffnung, Beschränkte Zulässigkeit von nova von Bundesrechts wegen, SJZ 44 (1948) 39 ff., 49 ff.
- Brosset, Georges/Schmidt, Claude: Guide des sociétés en droit suisse II: la société anonyme (Genf 1963)
- Bruppacher, Mark: Die aktienrechtlichen Bewertungsvorschriften (Diss. Zürich 1973)
- Bucher, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht (Zürich 1979), zit. E. Bucher
- Bucher, Otto: Der Konkurs der Kommanditgesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1926), zit. O. Bucher
- Büchi, J. Alfred: Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts Bd. I: Grundlagen und allgemeine Lehren (Zürich 1975, Nachdruck 1979)
- von Büren, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil (Zürich 1964), zit. v. Büren I
- Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil (Art. 184–551) (Zürich 1972), zit. v. Büren II
- Bürgi, Erich: Die "Übereinkunft zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Krone Württemberg, betreffend die Konkursverhältnisse und gleiche Behandlung der beiderseitigen Staatsangehörigen in Konkursfällen" (Konkursvertrag vom 12. Dezember 1825/13. Mai 1826), BISchK 38 (1974) 1 ff., zit. E. Bürgi
- Bürgi, F. Wolfhart: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660–697) (Zürich 1957), zit. Bürgi
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/2: Art. 698–738 (Zürich 1969), zit. Bürgi
- Bürgi, F. Wolfhart/Nordmann-Zimmermann, U.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft und die Kommanditaktiengesellschaft, b/3: Art. 739–771 (Zürich 1979), zit. Bürgi
- Bürgin, Paul: Die Exekution in das Gesamthandvermögen einer einfachen Gesellschaft, ZSR 58 (1936) 89 ff.
- Caflisch, Silvio: Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft. (Diss. Zürich 1961)
- Zur Frage der Haftung der herrschenden Person für die Schulden der abhängigen Gesellschaft, SAG 34 (1961/62) 94 ff.
- Carry, Paul: Gesellschaft mit beschränkter Haftung V: Organisation der Gesellschaft, SJK 803
- La révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, ZSR 51 (1932) 373a ff.
- Cavin, Pierre: Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/1: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse (Basel/Stuttgart 1977) 1 ff.
- Chicherio, Urs: Die Einberufung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft durch die Kontrollstelle (Diss. Zürich 1973)
- Christ, Bernhard: Der Darlehensvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/2: Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse (Basel/Stuttgart 1977) 219 ff.
- Coradi, Andreas: Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren nach Art. 293 ff. SchKG (Diss. Zürich 1973)
- Couchepin, René: Die Praxis des Bundesgerichts in Handelsregistersachen, Sammlung von Entscheidungen (1929–1945) (Zürich 1946)

- Cuendet, André: La fusion par absorption, en particulier le contrat de fusion, dans le droit suisse de la société anonyme (Diss. Lausanne 1974 = ASR 427)
- Curti, Arthur: Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz (Berlin 1930), zit. Aktiengesellschaft
- Schweizerisches Handelsrecht (2. Aufl., Zürich 1909), zit. Handelsrecht
- David, Lucas: In Vergessenheit geratene Staatsverträge, SJZ 69 (1973) 84 ff.
- Deggeller, Otto: Die Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen an das Schweizerische Bundesgericht (Diss. Zürich 1923)
- Degiacomi, Hans: Die Grundlagenveränderung bei der Sanierung der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1958)
- Denzler, Oskar: Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrechte (Diss. Zürich 1902)
- Deschenaux, Henri: Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. II: Einleitung und Personenrecht (Basel/Stuttgart 1967) 1 ff.
- Diebold, François: Les succursales suisses d'entreprises étrangères (Diss. Fribourg 1958)
- Diethelm, Otto: Grundsätzliches zur Frage der Auflösung handelsrechtlicher Körperschaften (Diss. Zürich 1953)
- Doka, Carl: Der aussergerichtliche Nachlassvertrag, SJZ 21 (1924/25) 49 ff.
- Aus dem Nachlassvertragsrecht der Aktiengesellschaft, SJZ 23 (1926/27) 337 ff.
 - Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, ZSR 45 (1926) 126 ff.
- Druey, Jean Nicolas: Rechtsstellung und Aufgaben des Abschlussprüfers im In- und Ausland, in: Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, hrsg. von Carl Helbling (Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 45, Zürich 1980) 9–22
- Aufgaben und Verantwortlichkeit der aktienrechtlichen Kontrollstelle, ST 52 (1978) H 12 S. 30 f., zusammengefasst in NZZ Nr. 258 vom 6. November 1978 S. 9
- Dudan, Philippe: Le principe de spécialité de la créance garantie par gage (Diss. Lausanne 1948)
- Duss, Markus: Der Rangrücktritt des Gesellschaftsgläubigers bei Aktiengesellschaften (Diss. Zürich 1971)
- Rangrücktritt des Gläubigers bei Überschuldung einer Aktiengesellschaft, SAG 44 (1972) 1 ff. = AG 19 (1974) 133 ff.
- Eberle, Franz: Objektive interne Bilanzierung als Grundlage zur Überwachung der stillen Rücklagen (Diss. St. Gallen 1968)
- Edelmann, Markus: Steuerrechtliche Aspekte der Unternehmenssanierung (Diss. Zürich 1976)
- Egger, August: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. I: Einleitung Art. 1–10, Das Personenrecht Art. 11–89 (2. Aufl., Zürich 1930, Nachdruck 1978), zit. Egger
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. II: Das Familienrecht, 3. Abt.: Die Vormundschaft Art. 360–456 (2. Aufl., Zürich 1948), zit. Egger
 - Die Aktiengesellschaft nach dem rev. schweizerischen Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936, SJZ 34 (1937/38) 1 ff., 21 ff., 37 ff. (Separatabdruck Zürich 1937), zit. Egger
- Egger, J.G.: Die Bilanz (7. Aufl., Zürich 1959), zit. J.G. Egger
- Das Dividendenbezugsrecht des Aktionärs (2. Aufl., Berlin 1930), zit. J.G. Egger, Dividendenbezugsrecht
- Egli, Heinz: Die Sitzverlegung juristischer Personen im internationalen Privatrecht (Diss. Zürich 1965)
- Eigenmann, Ernst J.: Das Reglement der Aktiengesellschaft, in: Die A.G. im neuen OR 11 (Zürich 1952), Vorabdruck in: SAG 24 (1951/52) 129 ff., 149 ff., 169 ff.
- Engel, Pierre: Traité des obligations en droit suisse (Neuchâtel 1973)
- Engeli, Hans Adolf: Die Schweizerische Nationalbank (Diss. Zürich 1944)

- Eppenberger, F. Walo: Die Stellung der Aktiengesellschaft im Internationalprivatrecht (Diss. Basel 1966, MaschSchr.)
- Failletaz, Jean: Les Succursales et les Filiales en Suisse (Diss. Bern 1931)
- Favre, Antoine: Droit des poursuites (3. Aufl., Fribourg 1974)
- Ort der Betreibung, SJK 492
 - Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, SJK 679
 - Wechselbetreibung, SJK 699
- Felber, Richard: Die Direktion der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1948)
- Fellmann, Basil: Der Konkurs der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ihrer Mitglieder nach schweizerischem Recht (Diss. Fribourg 1947), in gekürzter Form als Abhandlung in den BLSchK 17 (1953) 65 ff., 97 ff., 129 ff. erschienen
- Flüge, Hanspeter: Die Einmanngesellschaft – Rechtsinstitut oder tauschende Fiktion?, SAG 33 (1960/61) 233 ff.
- Die Einmanngesellschaft – auf dem Glatteis der freien Rechtsfindung, SAG 34 (1961/62) 221 ff.
- Folliet, Ed.: Le bilan dans les sociétés anonymes (6. Aufl., Lausanne 1954, Nachdruck 1969)
- Forstmoser, Peter: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Bd. VII: Das Obligationenrecht, 4. Abteilung: Die Genossenschaft (Art. 828–926 OR), 1. Lieferung: Systematischer Teil und Art. 828–838 OR (Bern 1972), 2. Lieferung: Art. 839–851 OR (Bern 1974)
- Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit (SSHW 30, Zürich 1978), zit. Verantwortlichkeit
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur: Einführung in das schweizerische Aktienrecht (2. Aufl., Bern 1980)
- Frehner, Edwin: Die Reserven in der Unternehmung (Diss. Zürich 1946 = Mitteilungen aus dem Handelswissenschaftlichen Seminar der Universität Zürich NF 81), zit. E. Frehner
- Frehner, Roger Werner: Die aktienrechtliche Fusion nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1945), zit. R. Frehner
- Frey, Erich: Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, in: Abschlussprüfung und Unternehmungsberatung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer (Schriftenreihe 14, Zürich 1975) 114–121
- Frick, Emil: Der unmittelbare und der mittelbare Schaden im Verantwortlichkeitsrecht der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1953)
- Friedrich, Hans-Peter: Fragen aus dem Auftragsrecht, ZBJV 91 (1955) 449 ff.
- Fritzschke, Hans: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht (2 Bände, 2. Aufl., Zürich 1967/68, Nachdruck 1975), zit. Fritzschke I bzw. II
- Funk, Fritz: Kommentar des Obligationenrechtes, 2. Bd.: Das Recht der Gesellschaften (Aarau 1951)
- Ganahl, Ernst: Entscheidungskriterien für die Wahl und die Bestätigung eines Nachlassvertrages gemäss SchKG (Diss. Zürich 1978)
- Gauch, Peter: Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht mit Einschluss des Prozess- und Zwangsvollstreckungsrechts (Zürich 1974)
- Von der Eintragung im Handelsregister, ihren Wirkungen und der negativen Publizitätswirkung, SAG 48 (1976) 139 ff.
- Gautschi, G.: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Bd. VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Artikel 394–406 OR (3. Aufl., Bern 1971)
- Gehring, Pierre-Olivier: Faktische Organe im Gesellschaftsrecht unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen (Diss. St. Gallen 1979 = SSHW 34)

- Geigi-Werthemann, Catherine: Die rechtliche Bedeutung garantieähnlicher Erklärungen von herrschenden Unternehmen im Konzern, in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1973, hrsg. von der Juristischen Fakultät der Universität Basel (Basel/Stuttgart 1973) 21 ff.
- Gentinetta, Richard: Die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung (Diss. Fribourg 1928)
- Gersbach, Erwin: Der Nachlassvertrag ausser Konkurs nach dem schweizerischen Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen und seinen Ausführungserlassen (Diss. Zürich 1937)
- Giezendanner, Hans Ulrich: Nichtüberprüfbarkeit, Das Verhalten des Revisors bei der Abschlussprüfung (Diss. Zürich 1979 = Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 40)
- Gilliéron, Pierre André: Les garanties personnelles en matière bancaire (Diss. Genf 1958)
- Giovanoli, Silvio: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Bd. VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 7. Teilband: Die Bürgschaft, Spiel und Wette Artikel 492–515 OR (2. Aufl., Bern 1978)
- Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung nach dem revidierten Recht, BISchK 16 (1952) 97 ff.
- Giroud, Emil: Handbuch der Buch- und Bilanzprüfung in der Schweiz (4. Aufl., Zürich 1945)
- Giroud, Emil/Dober, Willy: Buch- und Bilanzprüfung in der Schweiz (5. Aufl., Zürich 1962)
- Glarner, Hans: Das Nachlassvertragsrecht nach schweizerischem SchKG (Zürich 1967)
- Einige grundsätzliche Bemerkungen zum Nachlassvertrag mit Abtretung der schuldenrischen Aktiven (Liquidationsvergleich), SJZ 45 (1949) 129 ff.
 - Unter welchen Voraussetzungen ist ein Nachlassvertrag bei Vorliegen von Unwürdigkeitshandlungen des Schuldners durch die Nachlassbehörde zu bestätigen?, SJZ 59 (1963) 353 ff. = BISchK 29 (1965) 1 ff.
- von Godin, Reinhard/Wilhelmi, Hans/Wilhelmi, Sylvester: Kommentar zum Aktiengesetz vom 6. September 1965 Bd. I: §§ 1–178 (4. Aufl., Berlin/New York 1971)
- Goetzinger, Fritz: Die Berufung gegen den Firmenkonkurs, in: Beiträge zum Handelsrecht, Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Carl Wieland (Basel 1934) 121 ff.
- Golser, Karl: Die Abgrenzung bürgschaftsähnlicher Versicherungen gegenüber der Bürgschaft (Diss. Bern 1956)
- von Graffenried, Rudolf: Die Sitzverlegung juristischer Personen als Schutzmassnahme, ZSR 78 (1959) I 165 ff.
- Graner, Paul: Revidiertes Obligationenrecht und Bankengesetz (Zürich 1937)
- Die Revision, Überwachung und Kontrolle nach rev. Obligationenrecht und Bankengesetz (Zürich 1938), zit. Kontrolle
 - Bilanzrecht I nach OR und BkG: Jahresrechnungen und Bilanzen incl. Bewertungspraxis, SJK 821
 - Stellung, Aufgaben und Pflichten der internen Kontrollstelle nach dem revidierten Obligationenrecht, in: Die A.G. im neuen OR 3 (Zürich ohne Jahr) (auch als Separat-
abdruck erschienen) = SAG 11 (1938/39) 117 ff., 145 ff., 173 ff.
- von Greyerz, Christoph: Prüfung, Berichterstattung und Vorgehen bei Kapitalverlust und Überschuldung, in: Aufgaben und Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 36 (Zürich 1979) 9–29
- Die Verantwortlichkeit der aktienrechtlichen Kontrollstelle, in: Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, hrsg. von Carl Helbling (Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 45, Zürich 1980) 51–67, zit. Verantwortlichkeit

- von Greyerz, Christoph: "Mit oder ohne Vorbehalt", in: Abschlussprüfung und Unternehmensberatung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer (Schriftenreihe 14, Zürich 1975) 260–265, zit. Vorbehalt
- Grommé, Alfred: Rechtsvorschlag und Beschwerde im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Diss. Zürich 1967)
- Gross, Joseph: L'assainissement des sociétés anonymes (Paris 1935)
- Guggenheim, Daniel: La garantie bancaire principale et accessoire dans le commerce international et au regard du droit suisse, in: Liber amicorum Adolf F. Schnitzer offert à l'occasion de son 90e anniversaire par la Faculté de Droit de l'Université de Genève (Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève 61, Genève 1979) 165 ff., zit. D. Guggenheim
- Guggenheim, Edwin: Der Garantievertrag (Diss. Zürich 1917), zit. E. Guggenheim
- Guhl, Theo: Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz (Zürich 1942)
- Aktiengesellschaft II: Die Entstehung der Aktiengesellschaft, SJK 390 Ersatzkarte
 - Aktiengesellschaft XI: Die Verwaltung, SJK 399 Ersatzkarte
 - Die Auflösung der Aktiengesellschaft, SJK 402 Ersatzkarte
 - Aktiengesellschaft XV: Die Fusion von Aktiengesellschaften, SJK 403 Ersatzkarte
 - Aktiengesellschaft XVI: I. Die Verantwortlichkeit bei der Aktiengesellschaft: Die verantwortlichen Personen, SJK 404 Ersatzkarte
 - Die Gründung einer Aktiengesellschaft nach dem revidierten Obligationenrecht, SAG 9 (1936/37) 113 ff., 133 ff.
- Guhl, Theo/Merz, Hans/Kummer, Max: Das Schweizerische Obligationenrecht (7. Aufl., Zürich 1980)
- Guldener, Max: Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, ZSR 74 (1955) I 19 ff.
- Gutzwiller, Max: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Obligationenrecht, 6. Teil: Genossenschaft, Handelsregister und kaufmannische Buchführung, 1. Halbband: Art. 828–878 (Zürich 1972)
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Obligationenrecht, 6. Teil: Genossenschaft, Handelsregister und kaufmannische Buchführung, 2. Halbband: Art. 879–926 (Zürich 1974)
 - Das Recht der Verbandspersonen. Grundsätzliches, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. II: Einleitung und Personenrecht (Basel/Stuttgart 1967) 425 ff., zit. Verbandspersonen
- Gutzwiller, Peter Max/Hug, Klaus/Meyer, Ferdinand/Wengle, Richard: Grundriss des schweizerischen Privat- und Steuerrechtes (Zürich 1975)
- Haab, Robert: Die Bedeutung der Verordnung über das Nachlassverfahren von Banken und Sparkassen vom 11. April 1935 für die Praxis, in: Aus der Praxis schweizerischer Gerichte und Verwaltungsbehörden, Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Fritz Goetzinger (Basler Studien zur Rechtswissenschaft 10, Basel 1935) 128 ff.
- Die moderne Entwicklung des schweizerischen Nachlassvertragsrechtes, ZBJV 57 (1921) 345 ff., 393 ff.
 - Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Jahre 1930. III Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, ZBJV 67 (1931) 457 ff.
 - Probleme der Reform des Nachlassvertragsrechtes, ZSR 47 (1928) 155 ff.
 - Vereinfachungen des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, ZSR 51 (1932) 245a ff.
- Haberthür, B.: Zur Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, BISchK 14 (1950) 33 ff., 66 ff.
- Hagmann, Werner: Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereiche der Aktiengesellschaft (Diss. Bern 1939 = ASR 163)
- Hanisch, Hans: Krise des Insolvenzrechts?, BJM 1977, 161 ff.
- Hartmann, Jost: Firmenrecht und Handelsregister im schweizerischen Rechte (Diss. Bern 1940), zit. J. Hartmann

- Hartmann, Rudolf: Der Organbegriff bei der Aktiengesellschaft (Diss. Bern 1945), zit. R. Hartmann
- Heberlein, Robert: Die Kompetenzausscheidung bei der Aktiengesellschaft in Liquidation (Diss. Zürich 1969)
- Hefermehl, Wolfgang: Aktiengesetz, Kommentar von Gessler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Eckhardt, Ulrich/Kropff, Bruno Bd. II: §§ 76–147 (München 1973/74)
- Hefti, Fritz: Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Zürich 1938)
- Helbling, Carl: Unternehmensbewertung und Steuern (3. Aufl., Düsseldorf 1979 = Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 10, Zürich 1979)
- Bewertungsprobleme aus der Sicht des Abschlussprüfers im Hinblick auf seine Verantwortung, in: Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, hrsg. von Carl Helbling (Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 45, Zürich 1980) 69–99, zit. Bewertungsprobleme
 - Massnahmen zur Vermeidung von Verantwortlichkeitsklagen – aus der Sicht des Revisors, in: Aufgaben und Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 36 (Zürich 1979) 121 ff., zit. Massnahmen
 - Status, in: Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, redigiert von Albisetti, Emilio/Bodmer, Daniel/Boemle, Max/Gsell, Max/Rutschi, Ernst (3. Aufl., Thun 1977) 551 f., zit. Status
- Hemmeler, Andreas: Die faktische Gesellschaft im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1962)
- Henggeler, J.: Das Dividendenrecht von Aktionär-Minderheiten, SAG 12 (1939/40) 69 ff., 89 ff.
- Henggeler, J. und E.: Die zivilrechtlichen Verantwortlichkeiten im Bankengesetz und im neuen schweizerischen Aktienrecht (Zürich 1937), zit. J. und E. Henggeler
- Henze, Emil: Der Konkurs der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1923)
- Herbeck, Carl Heinrich: Schuldbetreibung und Militärrecht (Diss. Zürich 1941, MaschSchr.)
- Herget, Rudolf: Das Zurücktreten mit Forderungen bei Überschuldung der Aktiengesellschaft, AG 19 (1974) 137 ff.
- Herold, Hans: Das Konkursaufschubverfahren nach Art. 657 und 704 OR, SJZ 30 (1933/34) 145 ff.
- Hery, Robert: Die Auflösungsklage aus mangelhafter Gründung der Aktiengesellschaft (Diss. Fribourg 1928)
- Hess, André: Der Umfang der Vertretungsmacht der Verwaltung der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1937)
- Hilbig, Harald: Rechtsstellung und Rechtsnatur der Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften (Diss. Zürich 1968)
- Hinderling, Hans: Der Inhalt des Rechtsvorschlags, BLSchK 9 (1945) 65 ff.
- Hindermann, Walter E.: Leitfaden zum SchKG (3. Aufl., Glattbrugg 1974)
- Hirsch, Alain: L'organe de contrôle dans la société anonyme (Diss. Genf 1965), zit. A. Hirsch, organe
- La responsabilité civile des contrôleurs, in: Aufgaben und Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 36 (Zürich 1979) 31–37, zit. A. Hirsch
 - Le Tribunal fédéral précise les obligations des contrôleurs dans la S.A., ST 42 (1968) 158 ff., zit. A. Hirsch
 - La responsabilité des contrôleurs envers les créanciers sociaux, ST 50 (1976) H 9 S. 10 ff., zit. A. Hirsch

- Hirsch, Alain: Problèmes actuels du droit de la Société Anonyme: L'organisation de la S.A., ZSR 85 (1966) II 1 ff., zit. A. Hirsch
- Hirsch, Jean: Un concordat peut-il encore être homologué lorsque le commissaire au sursis a transmis son dossier tardivement?, SJZ 59 (1963) 356 ff., zit. J. Hirsch
- His, Eduard: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. VII: Obligationenrecht, 4. Abteilung: Handelsregister, Geschäftsfirmer und kaufmännische Buchführung Art. 927–964 (Bern 1940)
- Hofer, Hermann: Die Geschäftsführung der Aktiengesellschaft nach schweizerischem und deutschem Recht (Diss. Bern 1944)
- Hofstetter, Joseph: Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/2: Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse (Basel/Stuttgart 1979) 1 ff.
- Homburger, Eric: Zum "Durchgriff" im schweizerischen Gesellschaftsrecht, SJZ 67 (1971) 249 ff.
- Huber, Emil: Bezieht sich der Art. 40 SchKG nur auf physische Personen oder auch auf Handelsgesellschaften und ist daher der Art. 573 Abs. 1 OR noch in Kraft oder nicht, SJZ 6 (1909/10) 137 ff., zit. E. Huber
- Huber, Georg: Die Einstellung der Betreibung (Diss. Zürich 1947), zit. G. Huber
- Huber, Harald G.: Personalsicherheiten bei der Erteilung von Bankkrediten unter Berücksichtigung der sogenannten Patronats-Erklärungen, in: Rechtsprobleme der Bankpraxis, hrsg. von Peter Forstmoser (Bankwirtschaftliche Forschungen 36, Bern/Stuttgart 1976) 58 ff., zit. H. Huber
- Hürlimann, Caspar G.: Die Nachlasswürdigkeit gemäss Art. 306 SchKG (Diss. Zürich 1969)
- Hüssy, Othmar: Der Nachlassvertrag und die Stundung als Grundlagen der rechtlichen Sanierungsmassnahmen nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1944)
- Hunziker, Arthur: Pflichterfüllung und Pflichtverletzung der Kontrollstelle, in: Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers, hrsg. von Carl Helbling (Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 45, Zürich 1980) 23–50
- Jaeger, Carl: Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs (2 Bände mit Registerband, 3. Aufl., Zürich 1911/12)
- Jaeger, Carl/Daeniker, Marta: Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911–1945 (2 Bände, Zürich 1947)
- Jagmetti, Carlo: Die Nichtigkeit von Massnahmen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1958)
- Jänggen, A./Becker, H.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. VII: Obligationenrecht, 3. Abteilung: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung Art. 772–827 (Bern 1939)
- Jeker, Ernst: Die Zustellung von Betreibungsurkunden nach dem schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Diss. Bern 1943)
- Jörg, Hans: Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Diss. Zürich 1930)
- Joos, Robert: Handbuch für die Betreibungsbeamten in der Schweiz (Wädenswil 1964)
- Käfer, Karl: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Bd. VIII: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die kaufmännische Buchführung (Art. 957–964 OR), 1. Lieferung: Grundlagen und Kommentar zu Art. 957 OR (Bern 1976), 2. Lieferung: Kommentar zu Art. 958, 959 und 960 OR (Bern 1980)
- Die Bilanz als Zukunftsrechnung (Mitteilungen aus dem Handelswissenschaftlichen Seminar der Universität Zürich 115, 3. Aufl., Zürich 1976), zit. Zukunftsrechnung
- Die Erfolgsrechnung (Mitteilungen aus dem Handelswissenschaftlichen Seminar der Universität Zürich 136, Zürich 1970, Nachdruck 1977), zit. Erfolgsrechnung

- Käfer, Karl: Berücksichtigung nachträglicher Ereignisse in der Bilanz und Bewertung der Waren nach Art. 666 Abs. 2 OR, in: Abschlussprüfung und Unternehmungsberatung, Festschrift zum 50jährigen Bestehen der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer (Schriftenreihe 14, Zürich 1975) 162–178, zit. nachträgliche Ereignisse
- Kammertagung 1977/Congrès de la Chambre 1977, hrsg. von der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer (Schriftenreihe 27, Zürich 1978), zit. Kammertagung 1977
- Kammertagung 1979/Congrès de la Chambre 1979, hrsg. von der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer (Schriftenreihe 44, Zürich 1980), zit. Kammertagung 1979
- Kastner, Walther: Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts (3. Aufl., Wien 1979)
- Kaufmann, Joseph: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. II: Familienrecht, 3. Abteilung: Die Vormundschaft Art. 360–456 (2. Aufl., Bern 1924), zit. J. Kaufmann
- Die Beistandschaft für juristische Personen, ZVW 8 (1953) 41 ff., zit. J. Kaufmann
- Kaufmann, Otto K.: Das Recht auf Dividende (Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen, Reihe A H 18, St. Gallen 1947), zit. O. Kaufmann
- Buchführungsdelikte, SAG 19 (1946/47) 125 ff., 145 ff., zit. O. Kaufmann
- Keller, Gustav: Der Nachlassvertrag ausser Concurs (Diss. Zürich 1891)
- Killer, Albert: Betriebsferien und Rechtsstillstand, BLSchK 30 (1966) 1 ff.
- Kistler, Ernst Walter: Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte für Klagen aus dem schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Diss. Zürich 1980)
- Kleiner, Beat: Bankgarantie. Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes (Schriften zum Bankwesen 3, 3. Aufl., Zürich 1979)
- Kolb, Alfred: Die rechtliche Stellung der Mitglieder der Verwaltung nach schweizerischem Aktienrecht (Diss. Zürich 1935)
- Küchler, Remigius: Die Aktiengesellschaft im Gründungsstadium, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe zum 70. Geburtstag von Wolfhart Friedrich Bürgi (Zürich 1971) 229 ff.
- Küng, Robert: Die kaufmännische Buchführung nach dem neuen Obligationenrecht (Diss. Bern 1940)
- Küng, Rolf: Ereignisse nach dem Bilanzstichtag, ST 54 (1980) H 5 S. 26 ff., zit. Rolf Küng
- Küry, Annelies: Die Universalsukzession bei der Fusion von Aktiengesellschaften (Diss. Basel 1962 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft 64)
- Kuhn, Walter: Der Nachlassvertrag nach schweizerischem und englischem Recht (Diss. Zürich 1948)
- Lanter, Beat: Die Insolvenzerklärung als Mittel zur Abwehr von Pfändungen (Diss. Zürich 1976 = Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht 20)
- Lanz, Paul Ulrich: Die Delegation der Befugnisse des Verwaltungsrats (Europäische Hochschulschriften Reihe II Bd. 18, Bern 1969)
- Die Organisation der Verwaltung der Aktiengesellschaft im Spannungsfeld zwischen Gesetz und betrieblicher Notwendigkeit, SAG 42 (1970) 183 ff.
- Leemann, Hans: Die Konkursgründe nach dem Bundes-Gesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (Diss. Bern 1904)
- Leemann, Silvia Verena: Die Vormerkung von Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch (Diss. Zürich 1937), zit. S. Leemann
- Lehmann, Werner: Die Fusion von Aktiengesellschaften nach dem 3. Entwurf betreffend die Revision der Titel 24–33 des schweizerischen Obligationenrechts (Diss. Bern 1933)
- Lenzi, August: Die Betreibungsstände nach dem schweiz. Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz (Diss. Zürich 1934)

- Leu, Jean-Pierre: Bilan et état financiers des S.A. (Genf 1976)
- Kaufmännische Buchführung I: Die Geschäftsbücher, SJK 335 Ersatzkarte
- Leuthard, Paul: Ort der Betreibung, BLSchK 17 (1953) 33 ff.
- Locher, Kurt: Die rechtliche Stellung und der Schutz der Gesellschaftsgläubiger im schweizerischen Aktienrecht (Diss. Bern 1941)
- Lott, Hans Georg: Die Besonderheiten in der Zwangsvollstreckung von eidgenössischen Steuerforderungen nach schweizerischem Betreibungsrecht (Diss. Zürich 1950 = ZBR 166)
- Ludwig, Peter: Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich) (Diss. Bern 1970 = ASR 403)
- Lutz, Benno: Die Verantwortlichkeit der Revisoren im Aktienrecht, SHZ Nr. 42 vom 14. Oktober 1976 S. 17
- Marmy, André: L'intervention du juge en cas d'insolvabilité de la société anonyme (Diss. Fribourg 1950)
- Martz, Ernst: Konkurs – Nachlassvertrag: Die Gläubigerversammlung, SJK 1004
- Meier, Isaak: Grundzüge des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts Bd. 2: Pfändungs- und Konkursverfahren, Arrest- und Anfechtungsklage (Zürich 1977)
- Meier-Hayoz, Arthur: Sitzverlegungen juristischer Personen von und nach der Schweiz, in: Schweizerische Beiträge zum fünften internationalen Kongress für Rechtsvergleichung Brüssel 1958 (Zürich 1958) 63 ff. (auch als Sonderdruck erschienen), zit. Sitzverlegung
- Verträge (gesetzlich nicht geregelte) I: Allgemeines – Verträge "sui generis", SJK 1134 Ersatzkarte
- Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts (3. Aufl., Bern 1978)
- Meier-Wehrli, Jörg: Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG (Diss. Zürich 1968 = ZBR 296)
- Meili, F.: Lehrbuch des internationalen Konkursrechts (Zürich 1909)
- Moderne Staatsverträge über das internationale Konkursrecht (Zürich 1907), zit. Staatsverträge
- Mellinger, Lutz: Die Fusion von Aktiengesellschaften im schweizerischen und deutschen Recht (Diss. Zürich 1971)
- Mengiardi, Peider: Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle de lege ferenda, in: Aufgaben und Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 36 (Zürich 1979) 133–142
- Die Aktienrechtsreform aus der Sicht der Kontrollstelle, SHZ Nr. 42 vom 14. Oktober 1976 S. 13, auch erschienen als Separatdruck der ATAG Allgemeine Treuhand AG
- Mertens, Hans-Joachim: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von Wolfgang Zöllner, Bd. 1, 3. Lieferung: §§ 76–94 (Köln/Berlin/Bonn/München 1970 ff.)
- Merz, Hans: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht Bd. I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung Artikel 1–10 ZGB (Liver, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Merz, Hans/Jaggi, Peter/Huber, Hans/Friedrich, Hanspeter/Kummer, Max), hrsg. zur Feier des 50jährigen Bestehens des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Bern 1962, Nachdruck 1966)
- Metzler, Charles: Die Auflösungsgründe im Bereich der Aktiengesellschaft (Diss. Bern 1952)
- Meyer, Jörg: Die Aktiengesellschaft im Gründungsstadium in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweiz (Diss. Genf 1968), zit. J. Meyer
- Meyer, Kurt: Die rechtliche Stellung des Delegierten des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1946), zit. K. Meyer
- Meyer, Norwin: Die Einmann- und die Zweimann-Aktiengesellschaft in der Praxis, SAG 43 (1971) 241 ff., zit. N. Meyer

- Meyer-Landrut, Joachim: Aktiengesetz Grosskommentar, bearbeitet von Barz, Carl Hans/Brönnner, Herbert/Klug, Ulrich/Mellerowicz, Konrad/Meyer-Landrut, Joachim/Schilling, Wolfgang/Wiedemann, Herbert/Würdinger, Hans, Bd. 1, 2. Halbband: §§ 76–147 (3. Aufl., Berlin/New York 1973)
- Moor, Paul: Der Konkurs der Kollektivgesellschaft und ihrer Mitglieder nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1918)
- Morant, Albert: Die Gründung der Aktiengesellschaft nach neuem Recht, insbesondere Gründerverantwortlichkeit und Auflösungsklage (Diss. Bern 1939)
- Mosch, Wolfgang: Patronatserklärungen deutscher Konzernmuttergesellschaften und ihre Bedeutung für die Rechnungslegung (Bielefeld 1978)
- Müller, Alfred: Die Haftungsverhältnisse bei der einfachen Gesellschaft (Diss. Bern 1938), zit. A. Müller
- Müller, Klaus: Die Haftung der Muttergesellschaft für die Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft im Aktienrecht, ZGR 6 (1977) 1 ff., zit. K. Müller
- Müller, Robert: Der Konkurs der Genossenschaft nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1941), zit. R. Müller
- Müller, Urs: Die Zwangsvollstreckung in Immaterialgüter (Diss. Zürich 1978), zit. U. Müller
- Müller, Viktor: Massnahmen zur Vermeidung von Verantwortlichkeitsklagen – aus der Sicht des Juristen, in: Aufgaben und Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer 36 (Zürich 1979) 103–119, zit. V. Müller
- Das Treuhandverhältnis, ZBGR 55 (1974) 257 ff., zit. V. Müller
- Müllhaupt, Walter: Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Patronatserklärung, SAG 50 (1978) 109 ff.
- Die grenzüberschreitende Fusion nach schweizerischem Recht, SJZ 76 (1980) 253 ff.
- Mustersammlung zum zürcherischen Zivil- und Strafprozess Bd. 2: Zivilprozess, Summarisches und beschleunigtes Verfahren (Neubearbeitung nach dem Stand der Gesetzgebung am 1. Januar 1977), hrsg. von den Gerichtsschreibern der zürcherischen Bezirksgerichte, Druck und Verlag: Bezirksgerichtskanzlei Zürich (Zürich 1978)
- Nobel, Peter: Aktienrechtliche Entscheide. Praxis zum schweizerischen Aktienrecht (Bern 1976)
- Entscheide zu den Einleitungsartikeln. Einführung zu Art. 1–10 ZGB anhand der neueren Zivilrechtspraxis (Bern 1977), zit. Einleitungsartikel
- Nötzli, Peter: Die analoge Anwendung zivilprozessualer Normen auf das Beschwerdeverfahren nach SchKG (Diss. Zürich 1980 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 52)
- Nünlist, Guido: Wie komme ich zu meinem Geld? Die Eintreibung von Forderungen in der Schweiz (SKV-Rechtshelfer 1003, 2. Aufl., Zürich 1976)
- Nussbaum, Werner: Das internationale Konkursrecht der Schweiz (Diss. Bern 1980 = Schweizer Studien zum internationalen Recht 20)
- Obermüller, Manfred: Die Patronatserklärung, ZGR 4 (1975) 1 ff.
- Ochsner, Peter: Über das Eigenkapital der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1971)
- Oftinger, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I. Band: Allgemeiner Teil (4. Aufl., Zürich 1975)
- Über Bankgarantien, SJZ 38 (1941/42) 58 ff.
- Orange, Jean Claude: Nouveau guide pratique de poursuite pour dettes et faillite (Genf 1961)
- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Das Obligationenrecht, 1. Teil: Art. 1–183 (2. Aufl., Zürich 1929)
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Das Obligationenrecht, 2. Teil: Art. 184–418 (2. Aufl., Zürich 1936)
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Das Obligationenrecht, 3. Teil: Art. 419–529 (2. Aufl., Zürich 1945)

- Ottomann, Rudolf: Die Aktiengesellschaft als Partei im schweizerischen Zivilprozess (Diss. Zürich 1976 = Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht 21)
- von Overbeck, Alfred: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht (2. Aufl., Zürich 1940)
- Papa, Gildo: Die analoge Anwendung der Konkursnormen auf den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Diss. Bern 1941 = ASR 191)
- Paschoud, Felix: Le concordat préventif de la faillite (Diss. Lausanne 1905)
- Patry, Robert: Grundlagen des Handelsrechts, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/1: Handelsrecht (Basel/Stuttgart 1976) 1 ff.
- Précis de droit suisse des sociétés, Vol. I: Les notions fondamentales, Les sociétés sans personnalités juridiques (Bern 1976), Vol. II: La société anonyme, Les sociétés mixtes (Bern 1977), zit. précis
- Pedrazzini, Mario M.: Gesellschaftsrechtliche Entscheide (2. Aufl., Bern 1978)
- Penard, Maurice: Les filiales ..., SAG 33 (1960/61) 2 ff.
- Pestalozzi, Anton: Skizzen zum Rangrücktritt des Gläubigers bei Forderungen, SAG 41 (1969) 1 ff.
- Piccard, P.: Analoge Anwendung konkursrechtlicher Grundsätze auf den "Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung", ZSR 35 (1916) 1 ff.
- Preisig, Adolf: Die Reserven der Aktiengesellschaften nach dem schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Bern 1918)
- Raaflaub, Alfred: Die Solidargarantie im Bankverkehr (Diss. Bern 1932)
- Rathgeb, Charles E.: Le concordat par abandon d'actif (Diss. Lausanne 1932)
- Recordon, Pierre-Alain: La protection des actionnaires lors des fusions et scissions de sociétés en droit suisse et en droit français (Diss. Genf 1974)
- Reichel, Alexander: Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Aufl. des Kommentars von Leo Weber und Alfred Brüstlein (Zürich 1901)
- Reichmuth, Anton: Bewertungsgrundsätze für die Bilanz der Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1951)
- Reichwein, Heinz: Bankgarantie und Bürgschaft, SJZ 52 (1956) 374 ff.
- Reusser, Samuel: Der Garantievertrag und sein Verhältnis zu Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1938)
- Revisionshandbuch der Schweiz, hrsg. von der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer (2 Bände, Zürich 1971/79), zit. Revisionshandbuch
- Riemer, Hans Michael: Verein und SchKG, BISchK 42 (1978) 129 ff., zit. H.M. Riemer
- Weniger bekannte Verbeistandungsfälle: Beistandschaften bei Doppelorganschaften, Selbstkontrahieren des Vertreters und sonstigen Interessenkollisionen, ZVW 32 (1977) 104 ff., zit. H.M. Riemer
- Riemer, Isidor: Die Wechselbetreibung nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1924), zit. I. Riemer
- Riggenbach, Bernhard: Ein eigenartiger Nachlassvertrag, SJZ 33 (1936/37) 262 ff.
- Rosset, Paul René: A propos de la formation de la volonté de la société anonyme, in: Mélanges Georges Sauter-Hall (Paris/Neuchâtel 1952) 179 ff.
- Rüegger, Karl: Die Rechtsstellung des schweizerischen Wehrmannes in der Schuldbetreibung (Diss. Zürich 1947)
- Ruppert, Willy: Zur Verantwortlichkeit der aktienrechtlichen und bankengesetzlichen Kontroll- und Revisionsstelle, SJZ 76 (1980) 299 f.
- Schaffland, Hans-Jürgen: Patronatserklärungen – eine Untersuchung des Sicherheitscharakters und ihrer Auswirkungen auf die Rechnungslegung, BB 32 (1977) 1021 ff.
- Schaub, Marc-Antoine: Les effets de la radiation et de la réinscription d'une société anonyme au registre du commerce, SAG 32 (1959/60) 185 ff.
- Le projet de revision du droit des sociétés anonymes. L'intervention du contrôleur lorsque la société est insolvable, ST 47 (1973) 164 f.
- Schech, Gregor: Der Konkursaufschub im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1937)

- Schiess, Maya: Das Wesen aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche aus mittelbarem Schaden und deren Geltendmachung im Gesellschaftskonkurs (Diss. Zürich 1978 = SSW 31)
- Schluep, Walter René: Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht (Diss. St. Gallen 1955 = Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen Reihe A H 42)
- Schluep, Walter René/Richli/Niederhauser: Der aussergerichtliche Nachlassvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/2: Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse (Basel/Stuttgart 1979) 950 ff.
- Schmid, Ernst: Der Zahlungsbefehl (Diss. Bern 1930 = ASR 56), zit. E. Schmid
- Die konkursrechtliche Behandlung der Verantwortlichkeitsansprüche gegen die Organe einer failliten Aktiengesellschaft, BLSchK 33 (1969) 65 ff., zit. E. Schmid
- Schmid, René M.: Die Bewertung eigener Aktien in der Handels- und Steuerbilanz der Aktiengesellschaft, SAG 30 (1957/58) 57 ff., zit. R. Schmid
- Schmid, Werner: Die Sanierung privater Eisenbahn- und Schifffahrts-Unternehmungen (Nachlass- und Gläubigergemeinschaftsverfahren) (Diss. Zürich 1939), zit. Werner Schmid
- Schmid, Wieland: Die Bilanzierung von Liegenschaften bei Aktiengesellschaften, SJZ 60 (1964) 165 ff., zit. Wieland Schmid
- Schmidlin, Alex: Die Bewilligung des Rechtsvorschlages in der Wechselbetreibung unter Hinterlegung der Forderungssumme gemäss SchKG 182 Ziff. 4 (Diss. Zürich 1978 = Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 27)
- Schneebeli, Max H.: Die Einmanngesellschaft (One Man Company) (Diss. Zürich 1932)
- Schoder, A.: Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, ZBJV 88 (1952) 409 ff.
- Schönenberger, Wilhelm/Schmid, Emil: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Das Obligationenrecht, Teil 2b: Miete, Pacht, Leihe, 1. Lieferung: Art. 253–260 (3. Aufl., Zürich 1974)
- Schönenberger, Wilhelm/Troller, Alois: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Das Obligationenrecht, Teil 3a: Verlagsvertrag, Auftrag ..., 1. Lieferung: Art. 380–393 (3. Aufl., Zürich 1976)
- Schönle, Herbert: Die Einmann- und Strohmanngesellschaft (Diss. Fribourg 1957)
- Die Rechtsstellung des Alleingesellschafters einer Einmann-AG, SAG 32 (1959/60) 105 ff.
- Nochmals: Die Einmanngesellschaft – Rechtsinstitut oder täuschende Fiktion, SAG 34 (1961/62) 65 ff.
- Schraepel, Hans-Joachim: Patronatserklärung als Sicherheit, ZKw 28 (1975) I H 6 S. 7 ff.
- Schraner, Marius: Neue Tatsachen im Berufungsverfahren gegen das Konkurserkennnis, SJZ 76 (1980) 278 ff.
- Schroff, Rudolf: Die Beistandschaft für eine juristische Person (ZGB 393 Ziff. 4) (Diss. Fribourg 1954)
- Schucany, Emil: Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht (2. Aufl., Zürich 1960), zit. Schucany
- Die Beschlussfassung des Verwaltungsrates, SAG 30 (1957/58) 167 ff., zit. Schucany
- Die Einmanngesellschaft. Selbständigkeit oder Identität, SAG 33 (1960/61) 33 ff., zit. Schucany
- Verantwortlichkeit wegen Absenz und Stimmenthaltung im Verwaltungsrat, SJZ 60 (1964) 229 f., zit. Schucany
- Schucany, Giovanni: Die Willensbildung der Verwaltung der Aktiengesellschaft, SAG 32 (1959/60) 1 ff., zit. G. Schucany
- Schürer, Heinz: Der Tatbestand der Überschuldung im deutschen Insolvenzrecht (Diss. München 1962)

- Schuhmacher, Jost: Bilanzprüfung der Aktiengesellschaft nach revidiertem Obligationenrecht und Bankengesetz (Diss. Bern 1940), zit. J. Schuhmacher
- Schuhmacher, Leonie: Gerichtsstand und Betreibungsort der Geschäftsniederlassung (Diss. Zürich 1956), zit. L. Schuhmacher
- Schulthess, Bernhard: Funktionen der Verwaltung einer Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1967)
- Schultz, G.: Kritische Stellungnahme zum Urteil des Bundesgerichtes in Sachen Kreft AG in Nachlassliquidation gegen Hommel & Co. betreffend Haftung der Kontrollstelle, ST 41 (1967) 289 ff.
- Schwander, V.: Die Teilrevision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, ZSR 69 (1950) 23 ff.
- Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer: Revisionshandbuch der Schweiz (2 Bände, Zürich 1971/79), zit. Revisionshandbuch
- Kammertagung 1977/Congrès de la Chambre 1977 (Schriftenreihe 27, Zürich 1978), zit. Kammertagung 1977
 - Kammertagung 1979/Congrès de la Chambre 1979 (Schriftenreihe 44, Zürich 1980), zit. Kammertagung 1979
 - Teilrevision des Aktienrechts (Vorentwurf der Eidg. Justizabteilung vom September 1975 – Stellungnahme der Kammer – Aus andern Stellungnahmen – Bibliographie)/Revision partielle du droit des sociétés anonymes (Avant-projet ...) (Schriftenreihe 18, Zürich 1976), zit. Teilrevision
- Schwyzer, Alfred Eduard: Der gerichtlich bestätigte Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ausser Konkurs, insbesondere nach schweizerischem Recht (Diss. Bonn 1930)
- Seyboz, Georges: Garantievertrag und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VII/2: Obligationenrecht Besondere Vertragsverhältnisse (Basel/Stuttgart 1979) 315 ff.
- Siegwart, Alfred: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Das Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530–619) (Zürich 1938, Nachdruck 1978)
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, a: Allgemeine Bestimmungen (Art. 620–659) (Zürich 1945, Nachdruck 1975)
 - Das Buchführungs- und Bilanzrecht im Entwurf zum Obligationenrecht, ZSR 45 (1926) 193a ff.
- Sigg, Adolf: Zum Problem des aussergerichtlichen Nachlassvertrages (Diss. Zürich 1939)
- Simond, Fred-E.: Bundesgericht XVI: Rekurs an das schweizerische Bundesgericht im Sinne von Art. 19 SchKG, SJK 627–629
- Sorg, Hans: Das Beschwerdeverfahren in Schuldbetreibungs- und Konkursachen im Kanton Zürich (Diss. Zürich 1954)
- Speck, Kurt: Revisor als Richter? ... oder die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle im Konkursfall, SHZ Nr. 42 vom 14. Oktober 1976 S. 13
- Stahelin jun., Max: Zur Frage der Bilanzfähigkeit (Diss. Basel 1932 = Basler Studien zur Rechtswissenschaft 3), zit. M. Stahelin
- Stahelin, Max Rudolf: Zu Fragen der Aktiengesellschaft im Schweizerischen IPR (Diss. Basel 1972, MaschSchr.), zit. M.R. Stahelin
- Stahelin, Peter: Die Rückgründung aufgelöster Gesellschaften oder Genossenschaften, BJM 1973, 217 ff., zit. P. Stahelin
- Stauffacher, W.: Zwangsaktionäre? Ein Beitrag zu den Grenzen des gerichtlichen Nachlassvertrages, SJZ 31 (1934/35) 209 ff.
- Stauffer, W.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. VII: Obligationenrecht, 7. Abteilung: Schluss- und Übergangsbestimmungen (Bern 1940)

- Stebler, Otto: Die Anfechtbarkeit von Beschlüssen des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft (Diss. Fribourg 1944)
- Stehli, Martin: Aktionärsschutz bei Fusionen (Diss. Zürich 1975 = SSHW 7)
- von Steiger, Fritz: Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz (4. Aufl., Zürich 1970), zit. F. v. Steiger
- Grundriss des Schweizerischen Genossenschaftsrechtes (2. Aufl., Zürich 1963), zit. F. v. Steiger, Genossenschaftsrecht
 - Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister (Zürich 1937), zit. F. v. Steiger, Prüfung
 - Haftungsprobleme der Einmannsgesellschaft, BJM 1969, 205 ff. = ST 44 (1970) 121 ff. (auch als Sonderdruck erschienen), zit. F. v. Steiger
 - Zur rechtlichen Natur einer Aktiengesellschaft vor der Eintragung, SAG 4 (1931/32) 11 ff., zit. F. v. Steiger
 - Zur Frage der Zustellung von Betreibungsurkunden, welche für eine Aktiengesellschaft bestimmt sind, SAG 4 (1931/32) 50 ff., zit. F. v. Steiger
 - Wann ist einer Aktiengesellschaft ein Beistand zu bestellen? (Art. 393, Ziff. 4 ZGB) Aus der Praxis einer Vormundschaftsbehörde, SAG 5 (1932/33) 127 ff., zit. F. v. Steiger
 - Wiedereintragung einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft, über welche der Konkurs eröffnet, das Verfahren aber gemäss Art. 230 SchKG eingestellt worden ist?, SAG 6 (1933/34) 25 ff., zit. F. v. Steiger
 - Welche Massnahmen können ergriffen werden gegenüber einer Aktiengesellschaft, deren Gründung auf Rechtsmissbrauch beruht?, SAG 7 (1934/35) 10 ff., zit. F. v. Steiger
 - Der Verwaltungsrat und sein Präsident. Aufgaben und Befugnisse, SAG 12 (1939/40) 1 ff., 29 ff., 49 ff. = Die A.G. im neuen OR 4 (Zürich ohne Jahr) (auch als Separatdruck erschienen), zit. F. v. Steiger
 - Kann im Ausland weilenden Aktionären einer schweizerischen Gesellschaft ein Beistand in der Schweiz ernennt werden?, SAG 16 (1943/44) 79 ff. und SAG 17 (1944/45) 14 f., zit. F. v. Steiger
 - Neues zur Ernennung von Beiständen an Vermögen ohne Verwaltung, SAG 18 (1945/46) 186 ff., zit. F. v. Steiger
 - Verantwortlichkeit der Kontrollstelle, wenn alle Aktionäre im Verwaltungsrat?, SAG 35 (1962/63) 265 ff., zit. F. v. Steiger
 - Die handelsregisterliche Behandlung von Firmen, über welche der Konkurs eröffnet, das Verfahren aber gemäss Art. 230 SchKG eingestellt worden ist, SJZ 38 (1941/42) 214 ff., zit. F. v. Steiger
- von Steiger, Werner: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. V: Obligationenrecht, 5. Teil c: Art. 772–827 Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Zürich 1965), zit. W. v. Steiger
- Gesellschaftsrecht: Allgemeiner Teil, Besonderer Teil: Die Personengesellschaften, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. VIII/1: Handelsrecht (Basel/Stuttgart 1976) 211 ff., zit. W. v. Steiger
 - Aktienrechtliche Entwicklungen. Zugleich eine Besprechung von W.F. Bürgi, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, 5. Teil “Die Aktiengesellschaft”, Art. 698–754 ..., ZBJV 113 (1977) 241 ff., zit. W. v. Steiger
- Steiner, E.: Von den Sanktionen im Aktienrecht, SAG 12 (1939/40) 61 ff., 75 ff.
- Stockmann, Heinrich: Der Schuldnerschutz im schweizerischen Vollstreckungs- und Sanierungsrecht (Diss. Fribourg 1940)
- Sträuli, Hans/Messmer, Georg: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Schiedsgerichte und Schiedsgutachten von Felix Wiget (Zürich 1976)

- Strickler, Gottfried: Der Steuerbezug der veranlagten Steuern im Bund und Kanton Zürich (ohne Zoll) (Diss. Zürich 1939, MaschSchr.; Teildruck (II. Teil) Zürich 1940)
- Stüber, Beat: Der Vorvertrag zur Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1973)
- Suter, Jürg: Die Fusion von Aktiengesellschaften im Privatrecht und im Steuerrecht (Diss. Zürich 1965)
- Teilrevision des Aktienrechts (Vorentwurf der Eidg. Justizabteilung vom September 1975 – Stellungnahme der Kammer – Aus andern Stellungnahmen – Bibliographie)/ Revision partielle du droit des sociétés anonymes (Avant-projet ...), hrsg. von der Schweizerischen Treuhänder- und Revisionskammer (Schriftenreihe 18, Zürich 1976), zit. Teilrevision
- Teitler, Eric: Die Einmann-Immobilien-Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1969)
- Thalmann, Paul: Die Auswirkungen von Sitzverlegungen internationaler Unternehmungen von der Schweiz ins Ausland auf deren Personalvorsorgeeinrichtungen (Diss. Zürich 1970)
- Troller, Alois: Zwangsverwertung von Immaterialgütern, BLSchK 33 (1969) 33 ff.
- Tschan, Arthur: Der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich) in der Praxis, BLSchK 19 (1955) 33 ff., 65 ff.
Der Nachlassvertrag mit Prozentvergleich, BLSchK 31 (1967) 97 ff., 129 ff.
- von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. II (3. Aufl., Zürich 1974)
- von Tuhr, Andreas/Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. I (3. Aufl., Zürich 1974/79)
- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard: Das schweizerische Zivilgesetzbuch (9. Aufl., Zürich 1975, Nachdruck 1979 mit Einschluss des Supplements Kindesrecht 1977)
- Vannod, Alex: Konfiskation von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen, SAG 32 (1959/60) 153 ff.
- Vetsch, G.: Die Berufung gegen das Konkurserkenntnis, SJZ 33 (1936/37) 321 ff.
- Vischer, Frank: Internationales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. I: Geschichte und Geltungsbereich (Basel/Stuttgart 1969) 509 ff. (Separatabdruck: Basel/Stuttgart 1973)
- Die Stellung der Verwaltung und die Grenzen der Delegationsmöglichkeit bei der grossen AG, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger zum 70. Geburtstag (Fribourg 1968) 345 ff., zit. Delegationsmöglichkeit
- Vischer, Frank/Rapp, Fritz: Zur Neugestaltung des Schweizerischen Aktienrechts (Bern 1968)
- Voegeli, Hans: Der Rechtsvorschlag nach schweizerischem Sch.K.G. (Diss. Bern 1931)
- Vollenweider, Wilhelm: Die Zwangshliquidation der Eisenbahnen (Diss. Zürich 1901)
- Vuille, Jean-Marc: Die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Aktiengesellschaft (Diss. Zürich 1966)
- Walder, Hans Ulrich: SchKG, Schuldbetreibung und Konkurs (10. Aufl., Zürich 1979)
Tafeln zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Zürich 1976), zit. Tafel
Der Rechtsvorschlag, SJZ 68 (1972) 17 ff. = BLSchK 36 (1972) 129 ff.
- von Waldkirch, Beatrice: Die Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1953 = ASR 303)
- Weber, Arnold: Das Verhältnis von Handelsbilanz und Steuerbilanz (Diss. Fribourg 1978), zit. A. Weber
- Weber, Hans Heinrich: Die Kontrollstelle der Aktiengesellschaft nach geltendem Recht, insbesondere das Problem der Unabhängigkeit im aktienrechtlichen Prüfungswesen (Diss. Zürich 1961), zit. H.H. Weber
- Wehrli, Ulrich: Zur Ernennung eines Beistandes einer AG, SAG 16 (1943/44) 137 ff.
Der fehlerhafte Verwaltungsratsbeschluss einer Aktiengesellschaft, SJZ 40 (1944) 100 ff.
- Weidmann, Ernst: Bilanzkunde und Bilanzrecht (3. Aufl., Zürich 1948)

- Weidmann, Ernst/Gloor, O./Giroud, Emil: Die kaufmännische Bilanz. Bilanzkunde u. Bilanzkritik, Buchführungs- und Bilanzdelikte/Die Steuerbilanz (Zürich 1933)
- Weilenmann, Paul: Rückstellungen und Rücklagen (Mitteilungen aus dem Handelswissenschaftlichen Seminar der Universität Zürich 134, Zürich 1969)
- Die Passiven in der Bilanz. Grundsätzliche Gedanken zu kontroversen Bilanzpositionen, B+V 39 (1970) Nr. 463 S. 101 ff.
- Weiss, Gottfried: Zum schweizerischen Aktienrecht (ASR 385, Bern 1968; ursprünglich: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht VII/2/1: Einleitung zum Aktienrecht, Bern 1956)
- Weith, René: Les Contrats conclus au nom d'une Société Anonyme en formation. Etude de droit civil comparé (Diss. Lausanne 1935)
- à Wengen, M.C.: Die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ZSR 59 (1940) 1 ff.
- Werner, William-Henri: L'ajournement de la faillite des sociétés anonymes (Diss. Genf 1938)
- Weyermann, Moritz Rudolf: Bilanzrecht und Bilanzzweck mit besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen Obligationenrechts, in: Festgabe Eugen Huber zum siebenzigsten Geburtstage (Bern 1919)
- Widmer, Harald: Die Kontrollstelle der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1934 = ASR 96)
- Wieland, Alfred: Die Haftbarkeit des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionär und dem Gläubiger nach O.R. Art. 674, ZSR 23 (1904) 260 ff.
- Wild, Max: Der Rekurs gegen einen Konkursentscheid über eine juristische Person. Stellungnahme des Konkursrichters am Bezirksgericht Zürich, SJZ 44 (1948) 189 ff.
- Winiker, Franz: Die Übernahme des Vermögens einer Aktiengesellschaft durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechtes. ("Verstaatlichung" nach Art. 751 OR) (Diss. Fribourg 1952)
- Zahner, Bruno: Die Berufung gegen Erkenntnisse über Konkursbegehren (Diss. Zürich 1959)
- Ziegler, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd. VII: Obligationenrecht, 6. Abteilung: Anleihsobligationen Art. 1156–1186 und Schlussbestimmungen nach dem Bundesgesetz vom 1. April 1949 über die Gläubigergemeinschaft bei Anleihsobligationen (Bern 1950)
- Die Beschwerde in Schuldbetreibungs- und Konkursachen, SJZ 25 (1928/29) 49 ff.
- Zimmermann, Fritz: Aktienrechts-Tabellen (Zürich 1939), zit. F. Zimmermann
- Zimmermann, Harry: Grundfragen der Stellung der Verwaltungsratsmitglieder, Direktoren und Prokuristen der AG. in Gesetzgebung und Praxis, in: Die A.G. im neuen OR 9 (Zürich 1946), zit. H. Zimmermann
- Buchführung, Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, sowie Geschäftsbericht im revidierten Obligationenrecht, ZSR 45 (1926) 1a ff., zit. H. Zimmermann
- Zimmermann, Heinrich: Die Jahresbilanz der Aktiengesellschaft nach deutschem und schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1912), zit. Hch. Zimmermann
- Zingg, Bernhard: Der Gläubigerschutz bei der Herabsetzung des Aktienkapitals (Diss. Zürich 1940)
- Zogg, Hans: Art. 754 ff. OR: Haftung der Kontrollstelle und bankenrechtlichen Revisionsstelle für schuldhaftes Verhalten; Art. 662 ff., 957 ff. OR: Richterliche Rechtsfindung im Buchführungsrecht, SAG 50 (1978) 26 ff.
- Zollikofer, Werner: Fusion von Aktiengesellschaften nach schweizerischem Recht (Diss. Zürich 1916)
- Züllig, Robert Emil: Die internationale Fusion im schweizerischen Gesellschaftsrecht (Diss. Basel 1975 = Schriftenreihe des Instituts für internationales Recht und internationale Beziehungen 23)

EINLEITUNG

Die Aktiengesellschaft erfreut sich im schweizerischen Wirtschaftsleben grosser Beliebtheit¹. Folglich hat sich die Rezession der siebziger Jahre auf diese Gesellschaftsform besonders stark ausgewirkt. Die Frage der Konkursöffnung bei der AG und die damit verbundenen Probleme sind wieder aktuell. In dieser Ansicht hat mich auch meine praktische Tätigkeit bestärkt.

Diese Arbeit will darlegen, in welchen Fällen der Konkurs über eine Aktiengesellschaft zu eröffnen ist und welche Möglichkeiten eine AG hat, das abzuwenden. Dabei geht es nicht um wirtschaftliche, sondern allein um rechtliche Aspekte. Gegenstand ist die "gewöhnliche" AG; die in Spezialgesetzen geregelten Sonderfälle, wie Bank- oder Versicherungsaktiengesellschaften, bleiben unberücksichtigt.

Die Abhandlung gliedert sich, gemäss den verschiedenen Stadien einer Aktiengesellschaft, in drei Teile: Zuerst sind die Verhältnisse vor der Gründung, anschliessend diejenigen während des Bestehens und zuletzt die Sachlage nach erfolgtem Untergang der AG erörtert. Das Kernstück bildet der mittlere Part. Er beginnt im wesentlichen mit Gedanken zur Konkursfähigkeit der AG. Von den einzelnen Konkursgründen sticht — auch umfangmässig — die Überschuldung hervor². Diese beschäftigt nicht nur Juristen, sondern in noch viel stärkerem Ausmass die Treuhand- und Revisionsfachleute. Das veranschaulicht das Bundesgerichtsurteil vom 11. November 1975 im sogenannten IBZ-Fall besonders schön. Es fehlt nämlich in der amtlichen Entscheidungssammlung (BGE). Das Zürcher Handelsgericht als Vorinstanz hat es, wie bei ihm üblich, gestraft veröffentlicht³. Die Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer hingegen hat den Entscheid in ihrem Publikationsorgan ungekürzt sowohl in deutscher⁴ als auch in französischer⁵ Sprache abgedruckt⁶. Wie zeitgemäss das Thema in diesen Kreisen ist, kam ebenfalls am

1 Gemäss NZZ Nr. 2 vom 5. Januar 1981 gab es Ende 1979 104'724 Aktiengesellschaften gegenüber 85'558 Einzelfirmen, 10'696 Kollektivgesellschaften, 3'503 Kommanditgesellschaften, 3'050 GmbH und 13'446 Genossenschaften.

2 Vgl. zu den Einzelheiten die Übersicht vor N 75 des § 5.

3 ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 73 ff.

4 ST 50 (1976) H 9 S. 24 ff.

5 ST 50 (1976) H 9 S. 28 ff.

6 Weitere Belegstellen sowie Zitate von Besprechungen dieses Urteils finden sich hinten in § 5 Anm. 474.

Weiterbildungsseminar 1979 im Treuhand- und Revisionswesen zutage⁷. Des weitern hat sich in der Praxis gezeigt, dass die Rechtslage beim Konkursaufschub nach OR 725 unklar ist. Die vorliegende Schrift versucht, zur Lösung dieser Probleme beizutragen. Den Schluss des zweiten Teils bilden einzelne Besonderheiten der AG im Verfahren.

In dieser Abhandlung berühren sich verschiedene Rechtskreise, nämlich das Aktienrecht, das Konkursrecht und das Bilanzrecht. Das bewirkt unter anderem, dass die Literatur von drei verschiedenen Gebieten zusammenkommt und dementsprechend umfangreich ist. (Das Literaturverzeichnis enthält annähernd 450 Titel.) Aus diesem Grunde sind auch die Anmerkungen zum Teil recht gross ausgefallen. Der Leser möge das verzeihen. Es lässt sich indessen nicht vermeiden, wenn man einen einigermaßen vollständigen Überblick zu geben hofft.

Die Arbeit wurde im August 1980 abgeschlossen. Später erschienene Literatur und Judikatur sind bis Ende Dezember 1980 nachgetragen.

⁷ Die Vortragsreihe ist unter dem Titel "Rechtsgrundlagen und Verantwortlichkeit des Abschlussprüfers" als Band 45 der Schriftenreihe der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer, Zürich 1980, erschienen.

1. TEIL UND

§ 1 Verhältnisse vor der Gründung der AG

Die AG wird mit der Eintragung im Handelsregister juristische Person¹.¹ Für die Verhältnisse vor diesem Zeitpunkt muss man unterscheiden, ob die AG aus dem “Nichts” oder aus einer andern, in eine AG umgewandelten Gesellschaft entstanden ist.

I. Neugründung²

Die Rechtsnatur der entstehenden AG ist umstritten, doch werden nach² herrschender Ansicht während dieser Phase grundsätzlich die Regeln für die einfache Gesellschaft herangezogen, wobei aber bereits hier gewisse aktienrechtliche Bestimmungen³ wirken⁴. (Die einfache Gesellschaft kann weder betreiben noch betrieben werden⁵.) Unabhängig ihrer Rechtsnatur während

¹ Siehe hinten § 2 N 1.

² Literaturauswahl: R. Bär 77 ff.; Boemle 171 ff.; Brosset/Schmidt II 31 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz § 6 ff.; Guhl SJK 390 Ersatzkarte; ders., SAG 9 (1936/37) 113 ff., 133 ff.; Guhl/Merz/Kummer § 64 II S. 608 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser § 12 N 149 ff.; J. Meyer; Morant; Patry, précis II 69 ff.; Siegwart Vorbem. zu Art. 629–639; F. v. Steiger 89 ff.; F. Zimmermann Nr. 13 ff.

³ Z.B. OR 634 II, 645.

⁴ Zur Rechtsnatur der werdenden AG: R. Bär 87 ff.; Boemle 172; Brosset/Schmidt II 33; Forstmoser/Meier-Hayoz § 6 N 13 ff.; Funk Art. 629 N 3 Abs. 3; Guhl SJK 390 Ersatzkarte S. 1; ders., SAG 9 (1936/37) 116, 137; Guhl/Merz/Kummer § 59 I 4 S. 565, § 64 II 1 S. 609; Graner 34; Henze 14 f.; Küchler 230 f., 233 ff.; J. Meyer 54 ff.; Morant 7; Patry, précis II 99 ff.; Schucany Art. 643 N 1; Siegwart Vorbem. zu Art. 629–639 N 40 f.; F. v. Steiger 129 ff.; ders., SAG 4 (1931/32) 13 ff.; Stüber 43 ff.; Weith 33 f.; F. Zimmermann Nr. 13 lit. c; vgl. auch A. Müller 9/10; ferner v. Büren II 245. Für weitere Literaturangaben siehe etwa F. v. Steiger 89 Anm. 148, 129 Anm. 211, 133 Anm. 224.

Gemäss BGer bilden die Gründer einer AG bis zu deren Eintragung eine einfache Gesellschaft: BGE 104 Ib 265 E 1 (= Pr 68 Nr. 74), 102 II 423 E 2a (= Pr 66 Nr. 89), 101 Ib 362 (= Pr 65 Nr. 132), 95 I 278 E 1b, 85 I 131 (= Pr 48 Nr. 124). Vgl. auch ZR 46 (1947) Nr. 3 S. 12 (= SJZ 43 (1947) 174 Nr. 77 E 3).

⁵ BGE 72 III 43 (= Pr 35 Nr. 130 = JdT 95 (1947) II 8 f.), 71 I 184 E 1 (= Pr 34 Nr. 144), 43 III 177 f. (= Pr 6 Nr. 125); Extraits 1973, 38 f. (= BJSchK 42 (1978) 44 = SJZ 72 (1976) 44/45 Nr. 14); Brand SJK 958 S. 5 a.E.; Fritzsche I 53; Funk

des Gründungsstadiums hat die AG, bevor sie im Handelsregister eingetragen ist, keine Rechtspersönlichkeit und ist somit unbestrittenermassen nicht betreibungsfähig^{6,7}. Für Forderungen gegenüber der werdenden AG haben sich die Gläubiger direkt an die einzelnen Gründer zu halten; ein allfälliges Betreibungsbegehren ist gegen sie zu richten⁸.

II. Umwandlung

- 3 Soll eine bestehende Gesellschaft (Kollektivgesellschaft, Kommanditgesellschaft usw.) in eine AG umgewandelt werden, so bestimmt sich die Betreibungsfähigkeit, bevor die AG gegründet ist, nach den für die umzuwandelnde Gesellschaftsform geltenden Vorschriften⁹.

Art. 544 N 1; Guhl/Merz/Kummer § 59 III 2 a.F. S. 570; Ludwig 14 bei Anm. 4; Meier-Hayoz/Forstmoser § 8 N 13; A. Müller 131 ff.; Patry, *précis* I 242; Siegwart Vorbem. zu Art. 530–551 N 121 f.; W. v. Steiger 447 f.; vgl. auch BGE 41 II 188, 27 I 107 f. E 2; Burgin, ZSR 58 (1939) 89 ff., insbes. 91; ferner BGE 51 III 98, 41 III 247 ff. (= Pr 4 Nr. 151).

6 Hinten § 3 N 2. Siehe auch R. Bär 97 lit. b; Henze 15; F. v. Steiger 129; ferner Siegwart Vorbem. zu Art. 629–639 N 51; BGE 41 III 3 f. (= Pr 4 Nr. 28). Für die Wechselbetreibung: I. Riemer 24.

7 Zum genauen Beginn der Betreibungsfähigkeit (Werktag, welcher der Bekanntgabe des Handelsregistereintrages im SHAB folgt) siehe hinten § 3 N 2, insbes. Anm. 4.

8 Vgl. auch Jaeger Art. 39 N 12.

9 Vgl. auch Henze 15. Zur Umwandlung einer Personengesellschaft in eine AG vgl. Vuille.

2. TEIL

Verhältnisse während des Bestehens der AG

§ 2 Entstehung, Auflösung und Untergang der AG

I. Entstehung¹

Die AG entsteht mit dem Handelsregistereintrag. Dieser wirkt für sie konstitutiv, d.h. durch ihn erlangt die AG das Recht der Persönlichkeit (ZGB 52 I, OR 643 I)². Sie wird juristische Person mit allen Wirkungen, die das Gesetz vorsieht. Sie ist aller Rechte und Pflichten fähig, welche nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen voraussetzen (ZGB 53).

II. Auflösung und Untergang³

OR 736 hält fest, welche Gründe zum Untergang der AG führen⁴. Mit dem Eintritt eines Auflösungsgrundes hört die AG aber nicht zu existieren auf. Sie bleibt als juristische Person bestehen, verfolgt jedoch nicht mehr

1 Forstmoser/Meier-Hayoz § 7 N 36; Funk Art. 643 N 1; Guhl/Merz/Kummer § 64 II 4 S. 615; Henze 7; Schucany Art. 643 N 1; Siegwart Art. 643 N 1; F. v. Steiger 123, 129.

2 Die AG öffentlich-rechtlichen Charakters bedarf zur Entstehung des Handelsregistereintrages nicht (ZGB 52 II). Vgl. F. v. Steiger 123/24 und dort zit. Literatur.

3 Bertsch 179 ff.; Bürgi Art. 736 N 1; Curti, Handelsrecht 307; Diethelm 7; Forstmoser/Meier-Hayoz § 40 N 7; Funk Art. 736 N 1; Gutzwiller, Verbandspersonen 507 Anm. 118; Hagmann 66 f.; Locher 82; Metzler 1 f.; Schucany Art. 736 N 1; Siegwart Einl. N 333; F. v. Steiger 329 f.; SAG 29 (1956/57) 53.

4 Der Regierungsrat des Kantons Schwyz hat mit Beschluss Nr. 2632 vom 3. Dezember 1936 bei einer notorisch zahlungsunfähigen AG mangels einer aktienrechtlichen Bestimmung in analoger Anwendung von ZGB 77 die Auflösung und gleichzeitige Löschung der AG angeordnet mit der Begründung, es sei nicht einzusehen, weshalb ein zahlungsunfähiger Verein von Gesetzes wegen als aufgelöst zu betrachten sei und eine AG in der gleichen Lage weiterhin bestehen soll (ZBI 38 (1937) 137 f. = SAG 9 (1936/37) 164 f. = SJZ 33 (1936/37) 328 Nr. 245).

F. v. Steiger, Prüfung 81 ist der Ansicht, der Regierungsrat habe zu Recht so verfügt. Er relativiert aber seinen Standpunkt in SJZ 38 (1941/42) 217 und spricht dort von einer Lösung, "die praktisch wohl richtig ist, theoretisch aber angefochten werden kann, da das Gesetz diesen Auflösungsgrund nicht kennt und in solchen Fällen eben

ihren Existenzzweck, sondern hat als neues Ziel die Auflösung vor Augen. Der Eintritt eines Beendigungsgrundes bedeutet also nicht das Ende der AG, er löst vielmehr das Verfahren zum eigentlichen Untergang aus. Die AG geht erst mit der Löschung des Handelsregistereintrages unter. Die Phase zwischen dem Eintritt eines Beendigungsgrundes und dem Löschen des Handelsregistereintrages wird das Auflösungsstadium genannt. Während dieser Zeit bleibt die AG juristische Person. Sie behält auch ihre Organe, allerdings sind deren Befugnisse auf die für die Auflösung nötigen Handlungen beschränkt (z.B. OR 739 II).

- ³ Wenn OR 736 I davon spricht, dass die AG "aufgelöst" werde, bedeutet das den Eintritt der AG ins Beendigungsstadium. Dies unterstreicht auch HRV 33 I, wonach die Auflösung der AG als Änderung und nicht als Löschung behandelt wird⁵. Zu Recht sagt Diethelm⁶, dass kaum ein anderer Begriff wie die "Auflösung" im Gesellschaftsrecht in einem vom sonstigen Sprachgebrauch stark abweichenden Sinne verwendet" wird.

die Konkurseröffnung erwartet". Im Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz 334/35 erachtet er es als gerechtfertigt, den Handelsregistereintrag einer AG, deren Zahlungsunfähigkeit notorisch bzw. die ohne jedes Vermögen ist, nicht mehr aufrechtzuerhalten. Vgl. auch "Aus der Praxis des eidgenössischen Amtes für das Handelsregister" in SAG 9 (1936/37) 158 IV; Bürgi Art. 736 N 34; Duss 62 Ziff. 2; ferner Guhl/Merz/Kummer § 70 I 2 S. 682; Extraits 1976, 145. Für die Genossenschaft: F. v. Steiger, Genossenschaftsrecht 147/48.

⁵ Ebenso HRV 64 I für den Fall der Auflösung durch Konkurs.

⁶ Diethelm 7.

§ 3 Konkurseröffnung als Auflösungsgrund

I. Im allgemeinen

Einer der Auflösungsgründe einer AG ist die Eröffnung des Konkurses¹ (OR 736 Ziff. 3). Das setzt voraus, dass die AG konkursfähig ist. Die Konkursfähigkeit der AG ist in SchKG 39 I Ziff. 7 ausdrücklich festgehalten und in SchKG 192 für den Fall der Überschuldung nochmals erwähnt.

Die AG ist wegen ihrer Eigenschaft als juristische Person konkursfähig¹.² Die Konkursfähigkeit steht und fällt mit der Rechtspersönlichkeit der AG. Die Rechtspersönlichkeit wirkt gemäss OR 932 II gegenüber Dritten mit dem der Veröffentlichung des Handelsregistereintrages im Schweizerischen Handelsamtsblatt folgenden Werktag². Die Konkursfähigkeit beginnt³ im gleichen Zeitpunkt (SchKG 39 II)^{4,5}. Zum Verhältnis zwischen dem Untergang der Rechtspersönlichkeit⁶ und der Konkursfähigkeit hat das Bundesgericht entschieden, ohne Rechtspersönlichkeit liege auch kein betreibungsfähiges

1 Blumenstein 560 I 1. b; Henze 8; Jaeger Art. 39 N 12; Locher 80; Marmy 33 § 7 I; Metzler 6.

2 Dieser Zeitpunkt ist auch massgebend für die konkursrechtlichen Fristen gemäss SchKG 35 (His Art. 933 N 125).

3 Für die Konkursfähigkeit spielt es keine Rolle, welche Gründe zum Handelsregistereintrag geführt haben, wie beispielsweise die Gründung einer AG (vgl. vorn § 2 N 1) oder eine vom Bundesrat bewilligte Sitzverlegung einer ausländischen AG in die Schweiz ohne Liquidation am früheren Sitz und Neugründung in der Schweiz (HRV 50 und OR Schl- und ÜbBest. 14). Zur Sitzverlegung vgl. etwa Guhl/Merz/Kummer § 64 II 5 S. 616/17; Meier-Hayoz, Sitzverlegung und dort zit. Literatur.

4 Wenn auch SchKG 39 II vom "Tage" spricht, während sich OR 932 II mit "Werktage" präziser ausdrückt, darf doch angenommen werden, dass in beiden Fällen der gleiche Zeitpunkt, nämlich der der Handelsamtsblattpublikation folgende Werktag, zu verstehen ist. Beiden Artikeln liegt ja derselbe Gedanke zugrunde. (Das Problem scheint wohl eher theoretischer Natur zu sein. Es ist in der Praxis wenig wahrscheinlich, dass ein Betreibungsbeamter an einem Sonn- oder staatlich anerkannten Feiertag aufgrund von SchKG 38 III über die Konkursfähigkeit einer AG, deren Handelsregistereintrag am Vortag im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht worden ist, entscheidet.)

5 Zum Verhältnis von Beginn der Rechtspersönlichkeit und der Betreibungsfähigkeit vgl. auch BGE 40 III 446 f. (= Pr 4 Nr. 28 = SZBK IV (1915) 213 Nr. 91).

Zur Wirkung des Handelsregistereintrages bei Sitzverlegung vgl. BGE 45 I 53 (= Pr 8 Nr. 52); ZR 57 (1958) Nr. 22 S. 53; ferner auch hinten § 7 Anm. 8.

6 Über den genauen Zeitpunkt, der von der Auflösungsart abhängt, vgl. hinten Anm. 11 für die Auflösung mit Liquidation und N 6 für die Auflösung ohne Liquidation.

Rechtssubjekt mehr vor⁷. Daraus folgt, dass die Rechtspersönlichkeit das entscheidende Kriterium für die Konkursfähigkeit ist⁸.

II. AG in Auflösung mit Liquidation (OR 739–747)⁹

- 3 Die AG ist zwischen dem Eintrag und der Löschung im Handelsregister, d.h. während der Dauer ihrer Rechtspersönlichkeit, jederzeit konkursfähig¹⁰. Selbst wenn sie sich in Auflösung befindet, bleibt sie bis zu ihrem Untergang ein betriebsfähiges Rechtssubjekt. Sie ist ja während des Beendigungsstadiums nach wie vor juristische Person (OR 739 I). Das bedeutet, dass die AG in Liquidation bis zu ihrer Streichung im Handelsregister¹¹ konkursfähig ist¹². OR 743 II verpflichtet denn auch die Liquidatoren, eine in Ausübung ihrer Tätigkeit festgestellte Überschuldung dem Richter zu melden, damit dieser die Konkursöffnung ausspreche.

7 BGE 42 III 37 ff. (= Pr 5 Nr. 68 = SZBK VI (1916) 120); SchKG 40, wonach die im Handelsregister eingetragenen Personen nach der Streichung noch während sechs Monaten der Konkursbetreuung unterliegen, kann auf die AG nicht angewandt werden. Die Streichung der AG im Handelsregister ist gleichbedeutend mit dem Untergang als Rechtssubjekt (S. 40).

Ebenso BGE 56 III 190 f. (= Pr 19 Nr. 205 = JdT 79 (1931) II 78 ff. = ZBGR 26 (1945) 266 f.), 53 III 190 f. (= Pr 17 Nr. 35 = ZBGR 26 (1945) 263 f.), 51 III 64 ff.; SZBK III (1914) 324 f.; Baumann 7; Fritzsche I 71; Henze 10; Huber, SJZ 6 (1909/10) 137 ff.; Jaeger/Daeniker Art. 40 N 1; Lenzi 51; Locher 80 Anm. 2; v. Overbeck 11 Anm. 2; Metzler 7; R. Müller 19; L. Schuhmacher 100; Siegwart Einl. N 327; F. Zimmermann Nr. 38 lit. d) dd) NB.; a.M. war Jaeger noch in Art. 40 N 1. Kritik an der Begründung von BGE 42 III 37 ff. bei Curti, Aktiengesellschaft 186 f.; JdT 79 (1931) II 81 ff.; Haab, ZBJV 67 (1931) 459 f. sowie die Gegenüberstellung der beiden letztgenannten Auffassungen mit dem Standpunkt Jaegers in ZBGR 26 (1945) 268 f.

Vgl. auch SZBK XVI (1926) 179 Nr. 21 für die Genossenschaft.

8 Die Ausnahme zu diesem Grundsatz bildet die nichtige AG, siehe hinten N 18.

9 Bürgi Art. 739–747; Forstmoser/Meier-Hayoz § 42; Funk Art. 739–747; Graner 106; Guhl/Merz/Kummer § 70 II S. 683 ff.; Henze 9; Schucany Art. 739–747; F. v. Steiger 339 ff.; SAG 29 (1956/57) 77 ff.

10 Vorn N 2.

11 Die Löschung im Handelsregister wirkt wie der Eintrag mit dem der Veröffentlichung im SHAB folgenden Werktag. Gemäss HRV 33 I sind Löschungen, abgesehen von den registertechnischen Vorschriften von HRV 12 III, wie Neueintragungen zu behandeln (vgl. His Art. 938 N 13). Dementsprechend ist das Datum des ersten Werktages nach der Publikation (OR 932 II) für den Beginn der Wirksamkeit massgebend. – Jaeger gelangt aus der Sicht von SchKG 39 II zum gleichen Ergebnis (Art. 39 N 15 mit Hinweis auf Art. 40 N 4).

Zum Unterschied im Wortlaut zwischen OR 932 II und SchKG 39 II vgl. Anm. 4.

12 Bürgi Art. 736 N 30; Henze 10.

III. AG in Auflösung ohne Liquidation

A. Fusion (OR 748–750)¹³

“Fusion bedeutet *rechtliche Vereinigung von mindestens zwei Gesellschaften zu einer einheitlichen*, verbunden mit einer liquidationslosen Übertragung von Aktiven und Passiven auf dem Wege der Universalsukzession.”¹⁴ Sie hat unumgänglich den Untergang von mindestens einer juristischen Person zur Folge. Die beiden vom Gesetz gekannten Formen sind die Annexion, das ist die Übernahme einer oder mehrerer bestehender Aktiengesellschaften durch eine andere AG (OR 748) oder durch eine Kommanditaktiengesellschaft (OR 750), und die Kombination, die Vereinigung von wenigstens zwei Aktiengesellschaften zu einer neuen (OR 749). Die Unterscheidung in die einzelnen Fusionsarten ist jedoch für die Konkursfähigkeit unerheblich¹⁵. Sowohl bei der Kombination als auch bei der Annexion durch eine Kommanditaktiengesellschaft verweist das Gesetz (OR 749 II resp. 750 II) auf die diesbezüglichen Bestimmungen der Annexion durch eine AG¹⁶.

Die im Zusammenhang mit der Konkursfähigkeit wichtigen Wirkungen der Fusion sind insbesondere die Universalsukzession, d.h. der Übergang der Gesamtheit von Rechten und Pflichten sowie von Aktiven und Passiven der untergehenden Gesellschaft oder Gesellschaften an die übernehmende AG (OR 748 I, 749 I), der Untergang der übernommenen juristischen Person(en) und die Pflicht der aufnehmenden Gesellschaft, bis zur Befriedigung oder Sicherstellung der betroffenen Gläubiger das oder die übernommenen Vermögen für sich und vom eigenen getrennt zu verwalten (OR 748 Ziff. 2). Bei der Kombination tritt noch der Beginn der Rechtspersönlichkeit der neu gegründeten AG hinzu¹⁷.

13 Literaturauswahl: Amrein; Blumenstein, ZBJV 73 (1937) 364 Ziff. 3; Boemle 370 ff.; Bürgi Art. 748–750; Cuendet; Forstmoser/Meier-Hayoz § 43; R. Frehner; Funk Art. 748–750; Graner 107 f.; Guhl SJK 403 Ersatzkarte; Guhl/Merz/Kummer § 70 III S. 686 ff.; Henze 11 ff.; Küry; Lehmann; Locher 73 ff.; Mellinger; Müllhaupt, SJZ 76 (1980) 253 ff.; Recordon; Schucany Art. 748–750; Stehli; F. v. Steiger 351 ff.; Suter; Zollikofer; Züllig.

14 Forstmoser/Meier-Hayoz § 43 N 3.

15 Das trifft für die übertragende AG zu, ist jedoch für die übernehmende AG einzuschränken. Diese wird nämlich im Falle der Kombination erst mit der Gründung konkursfähig. Bei der Annexion hingegen wird die Konkursfähigkeit der übernehmenden Gesellschaft durch die Fusion nicht berührt (vgl. N 7).

16 So auch Küry 52.

17 R. Frehner 64.

- 6 Die Fusion ist mit der Eintragung ins Handelsregister und deren Veröffentlichung im SHAB vollzogen¹⁸. Gegenüber Dritten wirkt der Handelsregistereintrag gemäss OR 932 II mit dem der Publikation im SHAB folgenden Werktag.
- 7 Mit der Rechtspersönlichkeit der AG ist auch deren Konkursfähigkeit gegeben¹⁹. Für den Untergang²⁰ der juristischen Person müssen die übertragende und die übernehmende Gesellschaft getrennt betrachtet werden.
- Bei der übertragenden AG ist der Handelsregistereintrag konstitutiv für die Fusionswirkungen^{21,22}. “Die übertragende AG (die keine Aktiven und Passiven mehr besitzt) geht unter, ihre juristische Persönlichkeit verschwindet, sie hat keine Organe, keine Mitglieder mehr.”²³ Damit fehlen aber die für die Konkursfähigkeit nötigen Voraussetzungen²⁴. Das bedeutet also: Mit dem Werktag, welcher derjenigen Nummer des SHAB folgt, die den Handelsregistereintrag des Fusionsbeschlusses bekanntgibt, ist die übertragende AG nicht mehr konkursfähig.
 - Die übernehmende AG wird durch die Annexion in ihrer juristischen Persönlichkeit nicht berührt. Der Handelsregistereintrag des Fusionsbeschlusses hat für sie nur deklaratorische Bedeutung²⁵. Dementsprechend bleibt ihre Konkursfähigkeit unbeeinträchtigt²⁶. Bei der Kombination hingegen erlangt die neugegründete AG die Rechtspersönlichkeit mit dem Eintrag ins Handelsregister. Folglich wird sie erst mit dem Werktag nach der Veröffentlichung im SHAB konkursfähig²⁷.

18 R. Frehner 63; Guhl/Merz/Kummer § 70 III 2 S. 688.

19 Vorn N 2.

20 Über den Beginn der juristischen Persönlichkeit vgl. vorn § 2 N 1 und § 3 N 2.

21 Bürgi Art. 748 N 39, 82; Forstmoser/Meier-Hayoz § 43 N 19; R. Frehner 64; Stehli 30; Züllig 77.

22 Genauer Zeitpunkt: siehe N 6.

23 R. Frehner 39. Nach herrschender Lehre geht mit der Fusion die Rechtspersönlichkeit der übertragenden AG unter; vgl. Bürgi Vorbem. zu Art. 748–750 N 12, Art. 748 N 39; Forstmoser/Meier-Hayoz § 43 N 4, 9; Guhl/Merz/Kummer § 70 III 4 S. 689; Henze 13; F. v. Steiger 351 ff.; Suter 67. A.M. Kürz 53; Züllig 12.

24 Das BGer hat entschieden, mit dem Untergang der juristischen Person bestehe kein betriebsfähiges Rechtssubjekt mehr (BGE 42 III 37 ff. und 56 III 190 f., 53 III 190 f., 51 III 64 ff., vgl. vorn Anm. 7).

25 Anstelle vieler: Forstmoser/Meier-Hayoz § 43 N 20 und F. v. Steiger 351.

26 Betreibt man eine übernehmende AG, welche anlässlich der Fusion die Firma geändert hat, irrtümlich unter der früheren Firma, gilt die Betreibung als gegen die neue Gesellschaft gerichtet, sofern die Schuldnerin durch die ungenaue Bezeichnung nicht in einem berechtigten Interesse geschädigt wurde (BGE vom 30. Dezember 1905 (Nestlé & Anglo Swiss Condensed Milk Company) in Archiv X (1906) 74 ff., insbes. 78).

27 Vgl. vorn Anm. 4 und N 6.

Aus dem Gesagten geht hervor, dass mit dem Eintritt der Fusionswirkungen bei einem allfälligen Konkurs nur noch die übernehmende Gesellschaft als Gemeinschuldnerin in Frage kommt²⁸.

Exkurs: Mit der Konkurseröffnung über eine AG ist auch deren Beteiligung an einer Fusion, sei es als übertragende oder aufnehmende Gesellschaft, ausgeschlossen²⁹. Der Grund liegt darin, dass eine Gemeinschuldnerin nicht mehr über ihr Vermögen verfügen darf (SchKG 204).

B. Verstaatlichung (Übernahme durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, OR 751)³⁰

Der Handelsregistereintrag³¹ des Beschlusses, ohne Liquidation zu übertragen (OR 751 II), wirkt konstitutiv (OR 751 III)³². Mit ihm geht die Rechtspersönlichkeit der AG³³ und somit auch deren Konkursfähigkeit unter. (Aufgrund der Bonität des neuen Schuldners oder dessen Garanten hat der Gesetzgeber auf besondere Gläubigerschutzbestimmungen verzichtet³⁴.)

C. Umwandlung in eine GmbH (OR 824–826)³⁵

Sie spielt in der Praxis eine untergeordnete Rolle. Deshalb sei nur erwähnt, dass die AG mit dem Untergang³⁶ ihrer juristischen Persönlichkeit aufhört, konkursfähig zu sein.

28 Henze 13; Zollikofer 108.

29 Bürgi Art. 748 N 43; R. Frehner 13; Küry 52; F. v. Steiger 352.

30 Bürgi Art. 751; Forstmoser/Meier-Hayoz § 43 N 39 f.; Funk Art. 751; Graner 108; Lanter 79; Schucany Art. 751; Winiker.

31 Für den genauen Zeitpunkt gilt OR 932 II.

32 Bürgi Art. 751 N 5; Lanter 79; Winiker 46.

33 Winiker 48.

34 Bürgi Art. 751 N 2; vgl. auch Heberlein 4 lit. cc.

35 Forstmoser/Meier-Hayoz § 43 N 36 f.; Guhl/Merz/Kummer § 74 II 7 S. 708/09; Hefti; Janggen/Becker Art. 824–826; Jörg; Locher 85 ff.; F. v. Steiger 363 ff.; W. v. Steiger Art. 824–826; à Wengen.

36 Hefti 30; Jörg 62; à Wengen 43.

*D. Sitzverlegung ins Ausland*³⁷

- 11 Verlegt eine AG ihren statutarischen Sitz von der Schweiz ins Ausland und weist sie nach, dass sie am neuen Sitz zu Recht besteht und, sofern vorhanden, im dortigen Handelsregister eingetragen ist, sowie dass die Gläubiger befriedigt worden oder mit der Löschung einverstanden sind, kann sie sich ohne Liquidation im schweizerischen Handelsregister löschen lassen (HRV 51)³⁸. Bis zur Löschung ist sie in der Schweiz konkursfähig. Danach richtet sich die Konkursfähigkeit nach dem ausländischen Recht.

IV. Mit Gründungsmängeln behaftete AG³⁹

- 12 Eine trotz fehlender Voraussetzungen im Handelsregister eingetragene AG erlangt ihrer Unzulänglichkeiten ungeachtet mit dem Handelsregistereintrag das Recht der Persönlichkeit (OR 643 II). Der Handelsregistereintrag hat heilende Wirkung⁴⁰.
- 13 Gefährden oder verletzen die Gründungsmängel, indem sie das Gesetz oder die Statuten missachten, die Interessen von Gläubigern oder Aktionären erheblich, können die Betroffenen innerhalb dreier Monate nach der Publikation des Handelsregistereintrages im SHAB auf Auflösung der Gesellschaft klagen (OR 643 III, IV). Wird die Klage gutgeheissen, tritt die AG in das Liquidationsstadium⁴¹ und OR 737 ff. kommen zur Anwendung.
- 14 Da die mit Mängeln behaftete AG dank der heilenden Wirkung des Handelsregistereintrages die juristische Persönlichkeit erlangt, ist sie auch kon-

37 Bloch, SJZ 48 (1952) 245 ff.; Egli; Eppenberger 147 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz § 43 N 41 ff.; v. Graffenried, ZSR 78 (1959) I 165 ff., insbes. 173; Locher 89 f.; Meier-Hayoz, Sitzverlegung; Müllhaupt, SJZ 76 (1980) 255 Ziff. 3; Siegwart Einl. N 365, Art. 626 N 25; M.R. Staehelin 95 ff.; Stauffer Sehl- und ÜbBest. Art. 14 N 104 ff.; W. v. Steiger Einl. N 117; Thalmann; Vischer 579; Weiss Einl. N 485.

38 Vgl. auch BGE 95 I 64 ff. (= Pr 58 Nr. 99), 94 I 80 f. (= Pr 57 Nr. 74) und dort zit. Literatur.

39 Egger, SJZ 34 (1937/38) 8 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz § 9; Funk Art. 643; Guhl/Merz/Kummer § 64 II 4 lit. d S. 616; Hagmann 66 ff.; Hery; Morant; Schucany Art. 643 N 3; Siegwart Art. 643 N 6 ff.; F. v. Steiger, SAG 7 (1934/35) 10 ff.

40 Forstmoser/Meier-Hayoz § 9 N 3; Funk Art. 643 N 3; Gauch, SAG 48 (1976) 144; Hemmeler 32 ff., 66 ff.; His Art. 933 N 15; Lanter 20; Meier-Hayoz/Forstmoser § 1 N 35, § 5 N 51 53; Morant 26, 83; Patry 149; ders., précis II 103; Schucany Art. 643 N 3; Siegwart Art. 643 N 10; F. v. Steiger 130.

41 Egger, SJZ 34 (1937/38) 8; Funk Art. 643 N 3; Hagmann 66 f.; Hery 183, 187; Morant 117; Schucany Art. 643 N 6, 8; Siegwart Art. 643 N 42; F. v. Steiger 133.

kursfähig^{42,43}. Ihre Konkursfähigkeit endet mit dem Untergang der Rechtspersönlichkeit⁴⁴.

V. Nichtig AG⁴⁵

Juristische Personen zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken⁴⁶ 15 können das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen (ZGB 52 III). Das gilt auch für die AG⁴⁷. Zudem ist es möglich, dass die AG wegen Fehlens absolut unentbehrlicher Voraussetzungen das Recht der Persönlichkeit nicht erwirbt⁴⁸; ein Fall, der in der Praxis kaum vorkommt.

Jedermann, der ein Interesse daran hat, kann die Nichtigkeit geltend 16 machen⁴⁹.

Grundsätzlich kann eine nichtige AG keine Wirkungen erzielen. Ist sie aber 17 tatsächlich rechtsgeschäftlich tätig gewesen, wird sie zum Schutz gutgläubiger Dritter trotz der Nichtigkeit nicht anders als eine gültige AG behandelt und wie eine solche nach den aktienrechtlichen Vorschriften liquidiert⁵⁰.

42 Vgl. auch Funk Art. 643 N 1.

43 Über den genauen Zeitpunkt vgl. vorn N 2.

44 Auch im Falle der Auflösung durch den Richter aufgrund von OR 643 III hört die Konkursfähigkeit entsprechend mit der Streichung im Handelsregister auf (vgl. vorn N 3).

45 Egger Art. 52 N 8 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz § 9 N 6 ff.; Hemmeler; Meier-Hayoz/Forstmoser § 1 N 33 ff., N 71, § 5 N 55, § 12 N 152; Schucany Art. 643 N 3; Siegwart Art. 628 N 40, 643 N 6 ff.; F. v. Steiger 131 f.

46 Die Unsittlichkeit oder Widerrechtlichkeit ergibt sich nicht nur aus dem statutarischen Zweck, sondern auch aus den tatsächlich verfolgten Zielen (Egger Art. 52 N 8; F. v. Steiger 131; ders., SAG 7 (1934/35) 12).

47 Egger Vorbem. zu Art. 52 N 15, Art. 52 N 11; Siegwart Art. 626 N 40. – BGE liegen für die AG nicht vor, jedoch hat das BGer die Verhältnisse bei der AG im Zusammenhang mit der Stiftung am Rande gestreift (BGF 96 II 278 f. 2 = Pr 60 Nr. 63). Bei der Stiftung gibt es zu diesem Problem noch weitere Entscheide: BGE 93 II 448 E 4 (= Pr 57 Nr. 133), 79 II 118 E 6, 75 II 15 ff., insbes. E 4 (= Pr 38 Nr. 123), 75 II 87 ff., 73 II 81 ff. (= Pr 36 Nr. 148).

48 Forstmoser Art. 838 N 25; Hemmeler 27; Siegwart Art. 643 N 7, 10; F. v. Steiger 132; W. v. Steiger Art. 783 N 7.

49 Egger Art. 52 N 11; Forstmoser Art. 838 N 26; Forstmoser/Meier-Hayoz § 9 N 7; Siegwart Art. 643 N 8; W. v. Steiger Art. 783 N 7.

50 So die herrschende Lehre: Egger Art. 52 N 11; Forstmoser Art. 838 N 27; Forstmoser/Meier-Hayoz § 9 N 8; Hemmeler 57, 76; Janggen/Becker Art. 783 N 12; Meier-Hayoz/Forstmoser § 1 N 34–36, § 5 N 55; Schucany Art. 643 N 3; Siegwart Art. 626 N 40, 643 N 9; F. v. Steiger 131; W. v. Steiger Art. 783 N 7. – Gerichtlich ist diese Frage für die AG nicht geklärt worden. Hingegen hat das BGer bei einer nichtigen Stiftung entschieden, dass sich Dritte, die mit diesem Scheingebilde in

- ¹⁸ Die Konkursfähigkeit steht und fällt mit ihrer Rechtspersönlichkeit⁵¹. Dieser Grundsatz muss bei der nichtigen AG relativiert werden. Da die nichtige AG angesichts gutgläubiger Dritter wie eine existente AG betrachtet und nach Liquidationsgrundsätzen aufgelöst wird, muss sie diesen gegenüber ebenso als konkursfähig angesehen werden. Wenn zum Schutze Dritter eine nichtige AG wie eine bestehende Gesellschaft behandelt wird wegen ihrer Rechtsbeziehungen im allgemeinen, muss das auch für die Konkursfähigkeit im besonderen gelten. Die angenommene Gültigkeit der AG schliesst deren Konkursfähigkeit ein. M.a.W. Dritten gegenüber gilt auch die nichtige AG trotz ihrer Nichtigkeit und demgemäss fehlender Rechtspersönlichkeit bis zu ihrer Beendigung nach den Vorschriften über die Liquidation⁵² als konkursfähig⁵³. Jede andere Lösung würde zu stossenden Ergebnissen führen.

Geschäftsverkehr getreten sind, auf die formale Existenz einer – wenn auch nichtigen – Stiftung verlassen können müssen (BGF 75 II 25 E 5 = Pr 38 Nr. 123, 73 II 89 E 10 = Pr 36 Nr. 148), vgl. auch Anm. 47.

⁵¹ Vorn N 2.

⁵² Eine in Liquidation befindliche AG ist konkursfähig (vgl. vorn N 3). Über den genauen Zeitpunkt siehe vorn Anm. 11.

⁵³ Zum selben Ergebnis unter der Herrschaft des aOR gelangt auch Henze 17. Für die Kollektivgesellschaft stellt Siegwart fest, dass diese trotz Nichtigkeit in Konkurs fallen könne (Vorbem. zu Art. 530–551 N 116).

§ 4 Anwendbares Verfahren

I. Grundsatz

Bei der Konkurseröffnung als Auflösungsgrund wird die Liquidation der AG von der Konkursverwaltung nach den Vorschriften des Konkursrechtes¹ durchgeführt (OR 740 V)².

II. Schranken

Dieser Grundsatz wird in verschiedenen Hinsichten eingeschränkt:

- a) Das Konkursrecht gilt nur innerhalb des Gebietes der Schweiz^{3,4}.
- b) Nicht jede AG unterliegt den Bestimmungen des SchKG⁵. Aufgrund des BG über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmungen vom 25. September 1917⁶ i.V.m. SchKG 30 bestehen für die Eisenbahn- und die vom Bund konzessionierten Schifffahrtsaktiengesellschaften Sondervorschriften^{7,8}. Gewisse besondere Aktien-

1 BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 mit sämtlichen seither erfolgten Änderungen (SR 281.1). Neben den Vorschriften des Konkursrechtes findet sich eine Anzahl konkursrechtlicher Bestimmungen im OR (z.B. OR 123, 679, 687 II, 725 III, IV, 743 II, 748 Ziff. 5, 756, 758).

2 Bürgi Art. 740 N 29; Forstmoser/Meier-Hayoz § 42 N 2, 9; Funk Art. 736 N 4 S. 407, Art. 740 N 5; Graner 106; Guhl SJK 402 Ersatzkarte S. 2 Ziff. II; Guhl/Merz/Kummer § 70 II 1 S. 683; Henze 8; Metzler 7; Schucany Art. 736 N 4; Siegwart Einl. N 326; F. v. Steiger 332; SAG 29 (1956/57) 54.

3 Anstelle vieler Blumenstein 553 a.E.

4 Es gibt verschiedene Staatsverträge, welche die territoriale Schranke ganz oder teilweise aufheben. Vgl. Blumenstein 549 ff.; Brand SJK 740 S. 5 ff., 999 S. 2 ff.; Meili 246–275; ders., Staatsverträge 25–42; Nussbaum 49 ff. Eine Übersicht über die verschiedenen Staatsverträge sowie deren zeitliche und räumliche Geltungsbereiche gibt der Aufsatz von David, SJZ 69 (1973) 84 ff. "In Vergessenheit geratene Staatsverträge".

Zu einzelnen Verträgen: BGE 100 Ia 23 E 5, 94 III 48 E 3 (= BLSchK 33 (1969) 151, 168), 94 III 89 E 4 (= Pr 58 Nr. 47) und in diesen Entscheiden erwähnte Zitate (alles zum Vertrag mit Frankreich); zum Vertrag mit Württemberg: BGE 104 III 68 (= Pr 68 Nr. 15); E. Bürgi, BLSchK 38 (1974) 1 ff.

5 Amonn 69; Fritzsche I 74 ff.; Henze 8; vgl. auch Walder Tafel 4 lit. A.

6 SR 742.211.

7 Vgl. Curti, Aktiengesellschaft 311; Werner Schmid; Vollenweider.

8 Die in SchKG 30 unter Ziff. 2 erwähnten Emissionsbanken sind durch die Nationalbank abgelöst worden. Für sie gilt das SchKG. Das BG über die Schweizerische

gesellschaften kennen wegen ihrer Eigenart einzelne oder mehrere Spezialregeln, die dem SchKG vorgehen (z.B. für Bankaktiengesellschaften das BG über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934^{9,10} oder für Versicherungsaktiengesellschaften das BG über die Kautionen der Versicherungsgesellschaften vom 4. Februar 1919¹¹ und das BG über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherungen inländischer Lebensversicherungsgesellschaften vom 25. Juni 1930¹²). Auf solche Sonderfälle wird im weitem nicht eingegangen. Es werden nur die allgemeinen konkursrechtlichen Bestimmungen einschliesslich der Vorschriften des OR behandelt, denn die gewöhnliche AG soll im Vordergrund dieser Arbeit stehen.

Nationalbank vom 23. Dezember 1953 (SR 951.11), das die Verhältnisse der Nationalbank regelt, enthält keine Vollstreckungsbestimmungen. Vgl. Amonn 69; Autenrieth 81; Engeli 94; Fritzsche I 75; Henze 9 Anm. 11; Walder Art. 30 Anm. 2. – Die Nationalbank untersteht auch nicht dem BankG. Dieses hält einzig die Beziehung zwischen der Nationalbank und den unter das Gesetz fallenden Unternehmen fest (5. Abschnitt), Bodmer/Kleiner/Lutz Art. 1 N 44.

9 SR 952.0.

10 Für die Banken gilt das SchKG, soweit nicht das BankG und entsprechende V besondere Regeln vorsehen (Bodmer/Kleiner/Lutz 13. Abschnitt N 120).

11 SR 961.02.

12 SR 961.03.

§ 5 Konkursgründe¹

I. Allgemeines

Um über eine AG den Konkurs eröffnen zu können, bedarf es eines Konkursgrundes. Das ist derjenige Tatbestand, "welcher nach gesetzlicher Vorschrift die amtliche Liquidation des schuldnerischen Vermögens bedingt"². Im folgenden sollen die einzelnen Konkursgründe im Hinblick auf die AG untersucht werden.

Die Konkursgründe lassen sich nach verschiedenen Kriterien ordnen. Das SchKG spricht von der ordentlichen Konkursbetreibung³, der Wechselbetreibung⁴ und der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung⁵. Oft werden die Konkursgründe in formelle und in materielle unterschieden⁶. Formelle Konkursgründe sind gesetzlich geregelte Verfahren, welche unabhängig von der Vermögenslage des Schuldners die Konkurseröffnung ermöglichen⁷. Es handelt sich dabei im Falle einer auf einem Wechsel oder Check beruhenden Forderung um die Wechselbetreibung und in allen übrigen Fällen um die ordentliche Konkursbetreibung. Materielle Konkursgründe sind vom Gesetz genau umschriebene, äussere Tatbestände, bei deren Vorliegen der Konkurs eröffnet werden kann. Ein vorgängiges Verfahren ist nicht nötig. Die vom Gesetz normierten Tatbestände sind bestimmte Vermögenslagen (Insolvenz und Insuffizienz) oder Handlungsweisen des Schuldners⁸. Es gibt auch Autoren, welche die Konkursgründe nach demjenigen, der sie geltend macht, unterteilen⁹.

1 Amonn §§ 35, 36, 37, 38; Baumann 1 ff.; Blumenstein §§ 41 II, 43, 44, 45; Brand SJK 993; Favre §§ 37, 38, 39; Fellmann 41 ff.; Fritzsche §§ 35, 36, 37, 38; Henze 21 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 159 ff., 177 ff., 190 ff.; Leemann; R. Müller 24 ff.; v. Overbeck §§ 28, 29, 30, 31.

2 Blumenstein 545.

3 SchKG 159 ff.

4 SchKG 177 ff.

5 SchKG 190 ff.

6 So Amonn 264 f.; Blumenstein 545; Fellmann 41; Henze 21; R. Müller 25.

7 Baumann 1; Blumenstein 545; Henze 22.

8 Baumann 31 f.; Blumenstein 545; Fellmann 53; Gentinetta 2; Henze 24; R. Müller 26.

9 Z.B. Brand SJK 993.

II. Ordentliche Konkursbetreibung¹⁰

A. Begriff

- 3 Die ordentliche Konkursbetreibung ist “die durch Zahlungsbefehl und Konkursandrohung prozessualisch festgestellte, die gesetzliche (durch Gegenbeweis nicht widerlegbare) Vermutung materieller Konkursmässigkeit begründende Tatsache der Nichtbefriedigung des betreibenden Gläubigers, auf welche gestützt der letztere beziehungsweise der jeweilige Forderungsberechtigte unter Ausschluss anderer Gläubiger berechtigt ist, innerhalb der gesetzlichen Frist die Eröffnung des Konkurses über den Schuldner zu verlangen”¹¹.

B. Voraussetzungen

- 4 Die Voraussetzungen für die ordentliche Konkursbetreibung sind das erfolgreich durchgeführte Einleitungsverfahren mit anschliessendem Fortsetzungsbegehren, die Konkursfähigkeit des Schuldners, die konkursrechtliche Vollstreckbarkeit der Forderung und der geeignete Betreibungsort.

1. Einleitungsverfahren und Fortsetzungsbegehren¹²

- 5 Die Betreibung beginnt mit dem Betreibungsbegehren gemäss SchKG 67. Daraufhin stellt das Betreibungsamt dem Schuldner den Zahlungsbefehl zu¹³. (Dies ist nicht nötig in den Fällen von SchKG 149 III und 158 II.) Falls gegen den Zahlungsbefehl der Rechtsvorschlag nicht erhoben oder rechtsgültig beseitigt worden ist, kann die Fortsetzung der Betreibung verlangt werden. Das Betreibungsamt entscheidet von Amtes wegen über die Art der Betreibung und stellt dem Schuldner, wenn er der Konkursbetreibung unterliegt und es

¹⁰ SchKG 159 ff.; Amonn § 36; Baumann § 2; Blumenstein § 43; Brand SJK 992; Büchi 73 ff.; Favre § 37; Fellmann 42 ff., 67 ff.; Fritzsche § 36; Gutzwiller/Hug/Meyer/Wengle N 2253 ff.; Henze 22 f.; Hindermann 36, 146 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 159–176; Joos 278 ff.; Leemann 13 ff.; R. Müller 25 f.; Nünlist 97 ff.; Orange 141 ff.; v. Overbeck § 29.

¹¹ Leemann 37.

¹² Zum Ablauf der Betreibung auf Konkurs vgl. Walder Tafel 42.

¹³ Über die Zustellung von Betreibungsurkunden an eine AG vgl. hinten § 7 N 9 ff.

sich um eine auf dem Konkursweg zu vollstreckende Forderung handelt, die Konkursandrohung (SchKG 159–161) zu. Mit ihr wird dem Schuldner eine Frist von 20 Tagen angesetzt, um seine Pflicht zu erfüllen¹⁴. Kommt er dieser nicht nach, so ist die formelle Voraussetzung für die Konkurseröffnung gegeben. Ausser bei der Zustellung von Betreuungsurkunden¹⁵ ergeben sich beim Einleitungsverfahren und bei der Konkursandrohung für die AG keine Besonderheiten.

2. *Konkursfähigkeit*

Die Konkursfähigkeit ist gegeben, wenn der Schuldner in einer in SchKG 6 39 aufgezählten Eigenschaft im Handelsregister eingetragen und dort nicht länger als sechs Monate gelöscht worden ist¹⁶. Diese letztgenannte Voraussetzung gilt für die AG nicht¹⁷. Dass die AG konkursfähig ist, steht nicht in Frage¹⁸.

3. *Konkursrechtlich vollstreckbare Forderung*

Die Forderung hat gemäss den allgemeinen zwangsvollstreckungsrecht- 7 lichen Voraussetzungen von SchKG 38 auf eine Geldzahlung oder Sicherheitsleistung¹⁹ gerichtet zu sein. Andere Momente, wie z.B. die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder die Begründetheit, die Glaubhaftmachung oder gar der Nachweis der Forderung, sind unerheblich²⁰. Zudem muss die Forderung mit der Konkursbetreibung erzwungen werden können. Das ist nicht der Fall

14 Nach erfolgter Konkursandrohung – im Falle von SchKG 83 schon nach erteilter provisorischer Rechtsöffnung – kann der Gläubiger als Sicherheitsmassnahme die Aufnahme eines amtlichen Güterverzeichnisses (SchKG 162–165) anbegehren.

15 Vgl. hinten § 7 N 9 ff.

16 Henze 22; Leemann 13.

17 Siehe vorn § 3 Anm. 7.

18 Vorn § 3 N 1.

19 Die Betreibung auf Sicherheitsleistung wird auf Konkurs fortgesetzt, wenn der Betriebene der Konkursbetreibung unterliegt (Jaeger Art. 38 N 3).

20 Leemann 16.

bei pfandversicherten Forderungen (SchKG 41)²¹, bei öffentlich-rechtlichen Forderungen gemäss SchKG 43²² und aufgrund anderer Gesetze²³.

4. *Betreibungsort*

8 Siehe hinten § 7 N 5.

C. Legitimation

9 Ein Konkurs wird nach dem schweizerischen Recht grundsätzlich nicht von Amtes wegen, sondern auf Antrag eröffnet²⁴. Dieses Begehren kann bei der ordentlichen Konkursbetreibung nur derjenige Gläubiger²⁵, welcher die Konkursbetreibung angehoben hat, stellen²⁶. Andere Personen sind dazu nicht berechtigt.

10 Das trifft auch auf den Aktionär zu. Mit seinem Anteil am Grundkapital ist er nicht Gläubiger, sondern Mitglied der AG mit allen ihm zustehenden Rechten und Pflichten. Seine Kapitaleinlage bildet keine schuldrechtliche Forderung gegen die Gesellschaft, sie ist vielmehr eine Beteiligung an derselben. Für diese kann der Aktionär nicht als Gläubiger auftreten²⁷. (Das gilt nicht nur für den Aktionär, sondern ebenso für alle andern an der AG Beteiligten, seien sie nun Inhaber von Genuss- oder von Partizipations-scheinen²⁸.)

21 Davon ausgenommen sind die Wahlmöglichkeiten bei grundpfandlich gesicherten Zinsen oder Annuitäten (SchKG 41 II) sowie bei der Wechselbetreibung (SchKG 177 I).

22 Dazu gehören z.B. die Wasser- und Stromrechnung einer öffentlich-rechtlichen Institution, nicht aber diejenige einer privaten Wasserversorgungsgenossenschaft (BISchK 34 (1970) 49 ff.). Weitere Beispiele hinten Anm. 123.

23 Vgl. SchKG 44 und 45.

24 Eine Ausnahme bildet die Liquidation einer ausgeschlagenen Verlassenschaft nach SchKG 193; vgl. Baumann 69; Blumenstein 608; Gentinetta 67; Jaeger Art. 193 N 2; Leemann 138.

25 Zum Begriff des Gesellschaftsgläubigers siehe Locher 7 f. Bei Handlungsunfähigkeit, Stellvertretung, Zession vgl. Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 67 N 5, Art. 88 N 5, Art. 166 N 3; Leemann 16.

26 Amonn 270; Baumann 70; Blumenstein 570; Fellmann 72; Henze 41, 49; Leemann 22.

27 Degiacomi 9; Henze 38, 41, 74 f.; Locher 8 Anm. 4; Fellmann 72 f. für die GmbH.

28 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 33 N 7–24, insbes. N 11. A.M. Locher 10.

Jeder an einer AG Beteiligte kann ausser seinen Beteiligungsrechten auch 11
Gläubigerrechte gegen seine Gesellschaft haben. Diesbezüglich unterscheidet
er sich nicht von einem andern Gläubiger. Die Forderungen aus Gläubiger-
eigenschaft sind unabhängig von der Mitgliedschaft. Sie können durch irgend-
welche Rechtsgeschäfte begründet worden sein, jedoch ist es möglich, dass sie
ihren Entstehungsgrund in der Mitgliedschaft haben²⁹. Die Beteiligung an der
AG ist in diesen Fällen Voraussetzung für die Entstehung. Die Gläubiger-
rechte aus Mitgliedschaft sind hingegen selbständig und von der Aktionärs-
oder sonstigen Beteiligungsqualität losgelöst³⁰.

Diese Gläubigerrechte aus Mitgliedschaft sind

12

- die von der GV in gültiger Weise beschlossenen Gewinnanteile^{31,32},
- die fälligen Bauzinsen nach OR 676³³,
- die Rückzahlung von Kapital bei der Reduktion des Grundkapitals nach
erfolgter Herabsetzung³⁴ und
- die Liquidationsquoten bei Auflösung der AG (OR 660 II)³⁵.

Daneben gibt es noch andere Gläubigerrechte, die zwar nicht direkt 13
in der Aktionärs-eigenschaft ihren Ursprung haben, aber dennoch in einem
engen Zusammenhang mit der Eigenart der AG stehen. Es sind dies die festen
Vergütungen des Verwaltungsrates und die ihm durch rechtsgültigen GV-
Beschluss zugesprochenen Tantiemen³⁶.

29 Forstmoser/Meier-Hayoz § 35 N 3; Henze 42, 81 bei Anm. 24; Locher 8; Fellmann 73 f. für den Gesellschafter bei der GmbH. Vgl. auch Metzler 6 a.E.

Daneben gibt es noch Gläubigerrechte, welche wohl nicht von der Aktionärs-eigenschaft abhängen, jedoch aus einem typisch aktienrechtlichen Grund entstanden sind, wie Gründervorteile oder Ansprüche aus Sachübernahmeverträgen (vgl. Schluep 8 bei Anm. 14; Schucany Art. 646 N 3; Siegwart Art. 646 N 14).

30 Bachmann Art. 627 N 2a.

31 Seien es nun Dividenden für Aktien oder Gewinnanteile auf Genuss- oder Partizipationsscheinen.

32 Vgl. Bachmann Art. 627 N 2a, Art. 629 N 6; Bürgi Art. 660, 661 N 36; J.G. Egger, Dividendenbezugsrecht 284 f.; Funk Art. 661 N 1, Art. 675 N 1; Forstmoser/Meier-Hayoz § 34 N 13; Henggeler, SAG 12 (1939/40) 71; Henze 42, 76 f.; O. Kaufmann 18 f.; Locher 8 f.; Schluep 8 bei Anm. 16, 52 Ziff. II; Siegwart Art. 646 N 7.

33 Vgl. Bachmann Art. 627 N 2a, Art. 630 N 5; Bürgi Art. 675, 676 N 7 und die bei ihm zit. Autoren; Funk Art. 646 N 1; Henze 42, 80; Siegwart Art. 646 N 7.

34 Vgl. Bachmann Art. 627 N 2a, Art. 670 N 1; Henze 42, 77 ff.

35 Vgl. Bachmann Art. 627 N 2a; Bürgi Art. 745 N 2; Forstmoser/Meier-Hayoz § 35 N 28, 30; Schluep 75; Siegwart Art. 646 N 7. Über den genauen Zeitpunkt, wann dieses Gläubigerrecht entsteht, vgl. Bürgi Art. 745 N 2 und dort angegebene Literatur.

36 Vgl. Bürgi Art. 677 N 35 (feste Vergütung), N 28 (Tantieme); Forstmoser/Meier-Hayoz § 23 N 11 und dort zit. BGE 75 II 153 (= Pr 38 Nr. 122); Siegwart Art. 646 N 7.

- 14 Wie jeder andere Gläubiger, kann auch derjenige eines AG-spezifischen Anspruches die Konkurseröffnung über die AG beantragen, wenn die Voraussetzungen für das Zwangsvollstreckungsverfahren gegeben sind, oder im bereits über die AG eröffneten Konkurs seine Forderung eingeben³⁷.
- 15 Passivlegitimiert ist die AG.

D. Verfahren

- 16 Im Verfahren der ordentlichen Konkursbetreibung ergeben sich im grossen und ganzen keine Besonderheiten. Über einzelne Abweichungen, welche auf die Eigenart der AG zurückzuführen sind, vgl. hinten § 7.

III. Wechselbetreibung³⁸

A. Begriff

- 17 “Die Wechselbetreibung ist ein ausserordentlich rasches, auf formeller Grundlage aufgebautes Verfahren gegen ein konkursfähigen Schuldner für Forderungen aus Wechseln oder Checks, auch wenn dieselben pfandversichert sind, wobei schon der unbeantwortete Zahlungsbefehl die Handhabe zur Stellung des Konkursbegehrens unter Wegfall einer bes. Konkursandrohung bietet, ein Rechtsvorschlag andererseits erst der *richterlichen Bewilligung* bedarf.”³⁹

Die Wechselbetreibung unterscheidet sich also von der ordentlichen Konkursbetreibung in der Beschaffenheit der Forderung und im Verfahren⁴⁰. Die Einzelheiten sind von Walder übersichtlich in Tafel 58 “Besonderheiten der Wechselbetreibung” festgehalten.

37 Der zuletzt genannte Fall trifft nicht zu für rückerstattungspflichtige Bezüge nach OR 678 und 679.

38 SchKG 177 ff.; Amonn § 37; Baumann § 3; Blumenstein § 44; Büchi 79 f.; Favre § 38; ders. SJK 699; Fellmann 52 f., 71; Fritzsche § 37; Gutzwiller/Hug/Meyer/Wengle N 2259 ff.; Henze 23 f.; Hindermann 37, 151 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 177–189; Joos 282 ff.; Leemann 37 ff.; Meier 137 ff.; Nünlist 107 ff.; Orange 147 ff.; v. Overbeck § 30; I. Riemer.

39 I. Riemer 10.

40 Vgl. Baumann 25; Blumenstein 579; Henze 23; Leemann 37.

*B. Voraussetzungen*⁴¹*1. Wechsel oder Check*⁴²

Die Forderung hat nicht nur konkursrechtlich vollstreckbar zu sein⁴³,¹⁸ sondern muss zudem noch von einer wechselfähigen, d.h. auf Wechsel oder Check beruhenden Verpflichtung herrühren⁴⁴. Um dieses Erfordernis zu erfüllen, wird eine Urkunde gemäss den einschlägigen Bestimmungen des OR⁴⁵ verlangt. Die Wechselbetreibung hängt vom Nachweis dieses qualifizierten Papiers ab.

*2. Wechselmässige Haftbarkeit der AG*⁴⁶

“Wechselmässig haftbar ist derjenige, der sich den Grundsätzen des Wechselrechtes unterwirft oder ihnen unterworfen wird.”⁴⁷ Die AG ist wechselfähig⁴⁸. Sie unterwirft sich dem Wechselrecht, indem sie bzw. eine sie verpflichtende natürliche Person einen Wechsel oder Check als Aussteller, Akzeptant, Indossant, Wechselbürge oder Ehrenakzeptant zeichnet. Als Gründe für die wechselfähige Haftbarkeit aus zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen kommen für die AG die Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven sowie die Haftung aus Fusion in Frage.

41 Vgl. Jaeger Art. 178 N 1; Kreisschreiben Nr. 23 vom 3. September 1885 des EJPD (Walder 447 ff.).

42 Vgl. Amonn 275; Blumenstein 580; Henze 23; Jaeger Art. 177 N 2; Leemann 38; I. Riemer § 3.

43 Siehe vorn N 7.

44 SchKG 177 I.

45 Vgl. OR 991, 1096 und 1100.

46 Vgl. Amonn 275; Blumenstein 580/81; Henze 24; Jaeger Art. 178 N 1; I. Riemer § 4.

47 I. Riemer 16.

48 Anstelle vieler Guhl/Merz/Kummer, 6. Aufl., § 90 II lit. a S. 764.

3. Einleitungsverfahren

- 20 Im wechselbetreibungsrechtlichen Einleitungsverfahren mit einigen von der ordentlichen Konkursbetreibung abweichenden Besonderheiten⁴⁹ unterscheidet sich die AG nicht von andern Schuldnern⁵⁰.

4. Wechselbetreibungsfähigkeit⁵¹

- 21 Wechselbetreibungsfähigkeit und Konkursfähigkeit sind einander gleichgestellt⁵². Wie schon dargelegt, ist die AG konkursfähig⁵³. Demgemäss ist sie auch wechselbetreibungsfähig.

5. Betreibungsort

- 22 Siehe hinten § 7 N 5.

6. Begehren der Wechselbetreibung durch den Betreibenden⁵⁴

- 23 Der Betreibende kann zwischen der Wechselbetreibung und einer andern ihm offenstehenden Betreibungsart wählen⁵⁵. Entscheidet er sich für die Wechselbetreibung, so muss er das ausdrücklich verlangen⁵⁶.

49 Vgl. dazu Walder Tafel 58.

50 Zu den Ausnahmen siehe hinten § 7.

51 Vgl. I. Riemer § 5.

52 Vgl. SchKG 177 I.

53 Vorn § 3 N 1, § 5 N 6.

54 Vgl. I. Riemer § 6.

55 Die Wechselbetreibung ist selbst bei einer pfandversicherten Wechsel- oder Checkforderung möglich (SchKG 41 I, 177 I). Dabei geht das Pfandrecht nicht unter (I. Riemer 35).

56 Es genügt nicht, wenn der Wechsel oder Check dem Betreibungsbegehren nur beigelegt worden ist (Baumann 26; Blumenstein 582 Anm. 9; Jaeger Art. 177 N 5).

7. *Übergabe des Wechsels oder Checks an das Betreibungsamt
(SchKG 177 II)*⁵⁷

Bei Unterlassen wird dem Begehren auf Wechselbetreibung nicht statt- 24
gegeben⁵⁸.

C. Legitimation

Für die Legitimation bei der Wechselbetreibung gilt das gleiche wie bei der 25
ordentlichen Konkursbetreibung. Es kann deshalb auf jene Ausführungen ver-
wiesen werden⁵⁹.

D. Verfahren

Grundsätzlich gibt die AG in diesem Zusammenhang zu keinen Bemerkun- 26
gen Anlass. Für einzelne Besonderheiten vgl. hinten § 7.

IV. Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung⁶⁰

Bei der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung tritt an die Stelle 27
des erfolgreich durchgeführten Verfahrens, wie es die ordentliche Konkurs-
betreibung und die Wechselbetreibung verlangen, einer der vom Gesetzgeber
in SchKG 190 ff. näher bestimmten Tatbestände, bei dessen Vorliegen der
Konkurs eröffnet werden kann⁶¹.

57 Vgl. I. Riemer § 7.

58 Jaeger Art. 177 N 5; I. Riemer 34.

59 Vorn N 9–15.

60 Amonn § 38; Baumann §§ 4, 5; Blumenstein § 45; Brand SJK 993 S. 2 ff.; Favre
§ 39; Fellmann § 7; Fritzsche § 38; Gentinetta; Henze § 4; Hindermann 38, 155 ff.;
Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 190–194; Leemann 42 ff.; Meier 140 ff.; R. Müller
26 ff.; Nünlist 105 ff.; Orange 153 ff.; v. Overbeck § 31.

61 Vgl. vorn N 2 und dort zit. Literatur.

*A. Unbekannter Aufenthalt*⁶²

Inhaltsübersicht: Begriff, N 28

Anwendbarkeit auf die AG, N 29

Problem der Einmann-AG, N 30–36

Begriff

- 28 Der unbekannte Aufenthalt ist die trotz aller nach den Umständen notwendigen⁶³ Anstrengungen zur Erforschung des Aufenthaltes bestehende Unbekanntheit des Aufenthaltsortes eines Schuldners, der einmal einen Konkursgerichtsstand begründenden Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz gehabt hat⁶⁴ und keinen konkursrechtsgenügenden Vertreter hinterlässt⁶⁵.

Anwendbarkeit auf die AG

- 29 Die AG entsteht mit dem Eintrag ins Handelsregister⁶⁶. Dieser Eintrag hat gemäss OR 640 I am Ort des Sitzes, d.h. im Registerkreis des statutarischen Sitzes der AG, zu erfolgen. Zudem ist für den Handelsregistereintrag die Angabe des Sitzes erforderlich (OR 641 Ziff. 2). M.a.W. der Sitz gehört zu den Voraussetzungen für die Existenz einer AG. Er ist deshalb immer gegeben und leicht herauszufinden. Aus diesen Gründen kann der unbekannte Aufenthalt für die AG nicht als Konkurseröffnungsgrund zutreffen⁶⁷. Siegwart⁶⁸ hingegen vertritt die Auffassung, zumindest bei einer Einmannaktiengesellschaft könne die Unbekanntheit des Aufenthaltsortes des Alleinaktionärs und einzigen Verwalters als Konkurseröffnungsgrund anerkannt werden. Er begründet seine Ansicht damit, dass beim unbekannten Aufenthalt für die

62 SchKG 190 I Ziff. 1. — Baumann 33 f.; Blumenstein 596 f.; Favre 283; Gentinetta § 1; Henze 25; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 190 N 6; Leemann § 3.

63 Z.B. Anfrage bei der Finwohnerkontrolle, der Polizei. Vgl. Baumann 33/34; Gentinetta 7/8; Jaeger Art. 190 N 6; Jaeger/Daeniker Art. 190 N 6 und dort zit. ZBJV 49 (1913) 462; Leemann 53; RB OGer Thurgau 1913, 42 Nr. 23.

64 Baumann 33; Blumenstein 597; Gentinetta 8; Jaeger Art. 190 N 6; Leemann 47, 53.

65 Dazu uneinheitlich Baumann 33; Blumenstein 596; Jaeger Art. 190 N 6; Leemann 53.

66 Vgl. vorn § 2 N 1.

67 ZR 27 (1928) Nr. 32; Baumann 33, 55 bei Anm. 2; Blumenstein 596; Brand SJK 993 S. 2 B 1.; Gentinetta 8; Henze 25; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 190 N 6; Leemann 46; Locher 81 Anm. 5; Fellmann 54 für die GmbH; R. Müller 27 für die Genossenschaft und Moor 29 lit. a für die Kollektivgesellschaft.

68 Siegwart Einl. N 329.

gesetzliche Ordnung die materiellen Nachteile des Gläubigers schwerer wiegen als die formellen und jene trotz des Handelsregistereintrags auch bei einer AG eintreten können.

Problem der Einmann-AG

Die Einmann-AG ist eine Gesellschaft, bei der “die Verfügungsmacht über 30 das Unternehmen ausschliesslich dem Allein- oder Hauptaktionär zusteht und infolgedessen wirtschaftlich mit diesem identisch ... [ist], weil sich die Interessensphäre der Gesellschaft mit derjenigen des Allein- oder Hauptaktionärs vollständig deckt”⁶⁹.

Der beherrschende Allein- oder Hauptaktionär wird im folgenden auch als Einmann bezeichnet.

Eine Einmann-AG hat trotz ihrer atypischen Erscheinungsform nach der 31 Praxis des schweizerischen Rechts grundsätzlich eigene Rechtspersönlichkeit. Obwohl zwischen ihnen wirtschaftliche Identität besteht, werden die AG und ihr Einmann rechtlich streng auseinandergehalten⁷⁰. Dieser Grundsatz der formalrechtlichen Selbständigkeit der AG gegenüber dem Allein- oder Hauptaktionär ist nach herrschender Lehre⁷¹ und Rechtsprechung⁷² im Verhältnis

69 BGE 81 II 459 E 1a (= Pr 45 Nr. 3); vgl. auch BGE 71 II 274 (= Pr 35 Nr. 30 = JdT 94 (1946) I 270 ff. = SAG 19 (1946/47) 8 ff.); ZR 58 (1959) Nr. 70 S. 188 Sp. 2; Boemle 155; Brosset/Schmidt II 329; Caflisch 39 f. und 175; Forstmoser/Meier-Hayoz § 46 N 16 f.; Funk Art. 625 N 1; Guhl/Merz/Kummer § 64 I 2 S. 604; N. Meyer, SAG 43 (1971) 245 Ziff. 7; Penard, SAG 33 (1960/61) 3; Siegwart Art. 625 N 21; Weiss N 265. A.M. Schönle 28 ff., insbes. 30; vgl. auch die Auseinandersetzung mit dieser abweichenden Auffassung von Flüge, Schönle und Schucany in SAG 32 (1959/60) 105 ff., 33 (1960/61) 33 ff., 233 ff., 34 (1961/62) 65 ff., 74 und 221 ff.

70 BGE 98 II 99 (= Pr 61 Nr. 160), 97 II 293 (= Pr 61 Nr. 53 = ZBGR 54 (1973) 336 ff.), 97 IV 16 (= Pr 60 Nr. 134), 92 II 164 (= Pr 56 Nr. 23), 85 II 114 E 2 und 3 (= Pr 48 Nr. 123), 81 II 459 E 1b (= Pr 45 Nr. 3 = SAG 29 (1956/57) 98 f.), 67 II 29 (ausführlich in JdT 89 (1941) I 249 ff. = ZBGR 24 (1943) 40 ff.), 50 II 176 (= Pr 13 Nr. 88); SAG 34 (1961/62) 24 f., 14 (1941/42) 18; Brosset/Schmidt II 329; Caflisch 41 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz § 46 N 26; Gehringer 117; Nobel, Einleitungsartikel 213; Schneebeli 105; F. v. Steiger, BJM 1969, 207 = ST 44 (1970) 122.

71 Boemle 155; Brosset/Schmidt II 320; Caflisch 175 ff., insbes. 239; ders., SAG 34 (1961/62) 96; Egger Art. 52 N 6; Forstmoser/Meier-Hayoz § 2 N 28, § 46 N 26 ff.; Funk Art. 625 N 1; Guhl/Merz/Kummer § 64 I 2 S. 604; Schucany Art. 625 N 4; N. Meyer, SAG 43 (1971) 244 lit. b, 246 Ziff. 9; Siegwart Art. 625 N 21–31, insbes. N 21 und 28; F. v. Steiger 338; Weiss N 118 f. und die in diesen Werken zit. Literatur. Vgl. auch Gehringer 164 f.; Merz Art. 2 N 286 ff.; Nobel 29 ff.; ders., Einleitungsartikel 213 f.; F. v. Steiger, BJM 1969, 207, 209 ff. = ST 44 (1970) 122, 124 ff.; Teitler 93 ff.; ST 41 (1967) 226. Ferner, noch unter dem alten Recht, Schneebeli 128.

72 BGE 102 III 169 f., 172 E 3 (= Pr 66 Nr. 17), 98 II 99 (= Pr 61 Nr. 160), 97 II 293

zu Dritten nicht zu beachten, sobald es Treu und Glauben im Rechtsverkehr widerspricht oder rechtsmissbräuchlich ist. Das trifft zu, "wenn die rechtliche Trennung *offenbar* zum Zwecke der Schädigung Dritter in ihren schutzwürdigen Interessen herbeigeführt oder angerufen wird und wenn keine ebenfalls schutzwürdigen Interessen anderer Dritter die Anerkennung der Trennung fordern"⁷³. Es ist eine Frage der Interessen, die im Einzelfall⁷⁴ abzuwägen sind.

32 Das Problem des Durchgriffs stellt sich nur bei unbekanntem Aufenthalt des Aktionärs bzw. der Aktionäre und aller Verwaltungsorgane einer Einmann-AG, nicht aber, wenn der Aufenthalt selbst nur eines der allfälligen Minderheitsaktionäre, die keine Macht innehaben, bekannt ist. Ebenso fehlt eine Voraussetzung zum Durchgriff, falls keine wirtschaftliche Identität zwischen dem Allein- oder Hauptaktionär und der AG besteht, auch wenn sämtliche Aktionäre und Verwaltungsorgane unbekannten Aufenthaltes sind. Hingegen ist es unerheblich, ob eine Kontrollstelle vorhanden ist oder nicht. Gemäss OR 731 I dürfen ihr keinerlei Verwaltungstätigkeiten übertragen werden. Es ist ihr somit nicht erlaubt, Geschäfte für die AG zu besorgen.

33 Der unbekannte Aufenthalt des Einmannes^{74a} bedeutet nicht, die Rechtsform der AG zu verwenden, um überwiegend Drittinteressen zu schädigen. Beispielsweise könnten die betreffenden Personen unauffindbar sein, wie das etwa infolge der Wirren des zweiten Weltkrieges vorgekommen ist. Zudem schmälert die Tatsache des unbekannten Aufenthaltes allein die materielle Basis der AG grundsätzlich nicht. Die Aktiven sind nach wie vor vorhanden⁷⁵. Überdies könnten andere Gläubiger ein berechtigtes Interesse am Bestehen der AG haben. Die Berufung auf die eigene Rechtspersönlichkeit der AG widerspricht hier weder Treu und Glauben, noch ist sie rechtsmissbräuchlich. Zudem gibt es beim unbekannten Aufenthalt für einen Gläubiger noch andere

(= Pr 61 Nr. 53 = ZBGR 54 (1973) 336 ff.), 92 II 164 (= Pr 56 Nr. 23 = ZBGR 48 (1967) 250 ff.), 85 II 115/16 (= Pr 48 Nr. 123), 85 IV 230 E 1/3 (= Pr 49 Nr. 43), 81 II 345 F 6 (= Pr 44 Nr. 210), 81 II 459 E 1b (= Pr 45 Nr. 3 = SAG 29 (1956/57) 98 f.), 72 II 76 (= Pr 35 Nr. 46 = JdT 95 (1947) I 117 ff. = ZBGR 36 (1955) 329 ff.), 71 II 274 (= Pr 35 Nr. 30), 53 II 31 (= Pr 16 Nr. 35); SJZ 60 (1964) 123 Nr. 66. Kritik an einigen der BGE bei Schönle 112 ff.; vgl. auch Gehringer 118 ff., insbes. die Übersicht über die Kritik in der Literatur auf S. 127 f.

73 Homburger, SJZ 67 (1971) 254.

74 Eine Reihe von Beispielen bei N. Meyer, SAG 43 (1971) 245 ff.

74a Von der unbekannte Aufenthalt aller Aktionäre, wenn eine Kleinstbeteiligung ohne Machteinfluss von allfälligen Minderheitsaktionären vorliegt.

75 Dieses Argument trifft allerdings nur beschränkt zu bei einer AG, deren Kapital zu grossen Teilen aus rasch an Wert verlierenden Aktiven besteht, wie z.B. verderbliche Waren, Modeartikel oder Apparate und Maschinen auf einem Gebiet, das sich ungestüm weiterentwickelt und bestehende Modelle schnell veralten lässt.

Möglichkeiten⁷⁶ als die Eröffnung des Konkurses über die AG, um seine Forderung durchzusetzen.

Stünde jedoch hinter dem unbekannten Aufenthalt die Absicht, die Gläubiger zu schädigen, käme ein anderer Konkurseröffnungsgrund in Frage. Bezweckte man, sich den Verbindlichkeiten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern zu entziehen, wäre Zahlungsflucht⁷⁷ gegeben. Würden gar Aktiven mitgenommen, läge eine betrügerische Handlung zum Nachteile der Gläubiger⁷⁸ vor.

Aus diesen Gründen ist m.E. beim unbekannten Aufenthalt des Einmannes und der allfälligen Minderheitsaktionäre ein Durchgriff nicht gegeben. Dieser Standpunkt wird ebenso vom Zweck, der hinter der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung bei unbekanntem Aufenthalt steht, untermauert. Die Konkurseröffnung wegen unbekannten Aufenthaltes ist nicht nur gegen den im Handelsregister eingetragenen, sondern gegen jeden Schuldner möglich. Ja, sie ist vor allem für den nicht registrierten Schuldner vorgesehen. Sein Verhalten ist nicht schutzwürdig und hat keine Rücksicht auf Erleichterung der wirtschaftlichen Tätigkeit durch Einzelvollstreckung verdient⁷⁹.

In der Praxis hat das Problem des Durchgriffs bei unbekanntem Aufenthalt 34 keine grosse Bedeutung. Mit dem unbekannten Aufenthalt verbindet sich zu meist eine Zahlungsflucht⁸⁰ und diese stellt m.E. einen Durchgriffsgrund dar⁸¹. Indessen sind auch diese Überlegungen eher theoretischer Natur. Wenn ein Einmann sowie die allenfalls vorhandenen Minderheitsaktionäre das Feld räumen, werden häufig Aktiven der AG mitgenommen. In diesem Fall wären die Voraussetzungen für eine Konkurseröffnung infolge betrügerischer Handlungen zum Nachteile der Gläubiger⁸² erfüllt. Jedoch nur schon das plötzliche und nicht ausreichend erklärte Schliessen der Geschäftsräume lässt unter Umständen einen Schluss auf Zahlungseinstellung⁸³, einen andern Konkurseröffnungsgrund, zu.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der unbekannte Aufenthalt für 35 die AG keinen Konkurseröffnungsgrund darstellt.

Es stellt sich noch die Frage, wie beim unbekannten Aufenthalt des Allein- 36 oder Hauptaktionärs einer Einmann-AG vorzugehen ist. Wenn kein anderer

76 Vgl. hinten N 36.

77 Hinten N 37 ff.

78 Hinten N 46 ff.

79 Vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 6. April 1886 zum Entwurf des SchKG vom 23. Februar 1886, BBl 1886 II 50/51; Baumann 32; Gentinetta 5; Leemann 43/44.

80 Leemann 47.

81 Siehe hinten N 40.

82 Hinten N 46 ff.

83 Hinten N 57 ff.

Konkureröffnungsgrund⁸⁴ vorliegt, bleibt für den Gläubiger die unabhängig vom Konkursrecht und jederzeit bestehende Möglichkeit, auf Auflösung der AG wegen Fehlens der vorgeschriebenen Organe zu klagen (OR 625 II)⁸⁵. Bei unbekanntem Aufenthalt des Einmannes mangelt es der AG auch an der Verwaltung. Deshalb ist zudem die Vormundschaftsbehörde zu veranlassen, gemäss ZGB 393 Ziff. 4 für die AG einen Beistand zu ernennen⁸⁶.

B. Zahlungsflucht⁸⁷

Inhaltsübersicht: Begriff und Anwendbarkeit auf die AG, N 37–42
 Konkureröffnungsort, N 43
 Legitimation, N 44
 Verfahren, N 45

⁸⁴ Vgl. vorn N 34.

⁸⁵ Vgl. Forstmoser/Mcier-Hayoz § 16 N 13, § 22 N 24, § 41 N 24–28; Funk Art. 625 N 2; Guhl/Merz/Kummer § 64 I 2 S. 603; Siegwart Art. 625 N 32 ff.; F. v. Steiger 32, 37, 69.

⁸⁶ Zum Problem der Beistandschaft bei einer AG vgl. BGE 94 I 565 (= Pr 58 Nr. 29 E 2 = SemJud 91 (1969) 289 ff.), 78 II 369 ff. (= Pr 41 Nr. 175 = JdT 101 (1953) I 275 ff. = SAG 25 (1952/53) 42 ff. und 202 ff. = ZBGR 36 (1955) 324 ff. = ZBJV 90 (1954) 300 f.), 71 II 214 ff. (= Pr 35 Nr. 5 = SAG 18 (1945/46) 170 ff. = ZBGR 36 (1955) 321 ff.), 69 II 20 ff. (= Pr 32 Nr. 71 = JdT 91 (1943) 391 = SAG 15 (1942/43) 191 ff. = SemJud 65 (1943) 508 = ZBGR 25 (1944) 53 ff.), 69 III 1 ff. (= Pr 32 Nr. 77), 56 III 8 ff. (= Pr 19 Nr. 42 = SAG 2 (1929/30) 152 f.), 51 II 259 ff. (= Pr 14 Nr. 128); ZR 64 (1965) Nr. 171, 44 (1945) Nr. 155 (= ZVW 2 (1947) 146 ff.), 34 (1935) Nr. 104; ZVW 28 (1973) 157 ff., 15 (1960) 111 ff., 9 (1954) 150 ff. (= ZBGR 36 (1955) 300 ff.), 9 (1954) 152 ff. (= ZBGR 36 (1955) 303 f.), 6 (1951) 29 ff.; SJZ 48 (1952) 289 ff.; SAG 25 (1952/53) 57 ff., 20 (1947/48) 154 f.; BLSchK 32 (1968) 19 ff.; SemJud 91 (1969) 202 f., 84 (1962) 216 ff. (= SJZ 59 (1963) 57 Nr. 11); Rep. 100 (1967) 93 (= SJZ 65 (1969) 231 Nr. 120); Bachtler; Egger Art. 393 N 1–8 und 22–31; Forstmoser/Mcier-Hayoz § 16 N 13, § 22 N 24; Funk Art. 625 N 2, 712 N 1; Guhl/Merz/Kummer § 68 S. 660/61, § 70 II 2 S. 684; Hagmann 78 lit. bb; J. Kaufmann Art. 393 N 3–7, 28 f. und 30a; ders., ZVW 8 (1953) 41 ff.; Ottomann 30 f.; Patry, précis I 91/92, 125, 134, II 262, 272; H.M. Riener, ZVW 32 (1977) 104 ff.; Schrott, insbes. 20 ff. und 59 ff.; Schucany Art. 625 N 5; Siegwart Art. 625 N 45; F. v. Steiger 37; ders., SAG 18 (1945/46) 186 ff., 16 (1943/44) 79 ff. und 17 (1944/45) 14 f., 5 (1932/33) 127 ff.; Tuor/Schnyder 338; Vannod, SAG 32 (1959/60) 153 ff.; v. Waldkirch 25 ff.; Wehrli, SAG 16 (1943/44) 137 ff.

⁸⁷ Baumann 34 f.; Blumenstein 597 f.; Brand SJK 993 S. 2 B 2.; Favre 283 f.; Fritzsche II 29 f.; Gentinetta § 2; Henze 25 f.; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 190 N 7; Leemann § 4.

Begriff und Anwendbarkeit auf die AG

Die Zahlungsflucht ist die vom Schuldner in der Absicht, sich seinen Verbindlichkeiten zu entziehen, ergriffene Flucht⁸⁸. 37

Dieser Konkursöffnungsgrund ist im Gegensatz zum unbekannten Aufenthalt auch bei der AG möglich⁸⁹. Zahlungsflucht einer AG liegt vor, wenn diese ihren Sitz ins Ausland verlegt mit der Absicht, sich ihren Verbindlichkeiten zu entziehen und somit die Gläubiger zu schädigen. Die Sitzverlegung bei geordneten finanziellen Verhältnissen stellt, selbst wenn noch Schulden bestehen, keine Zahlungsflucht dar. Es kommt auf die Umstände⁹⁰ an, unter denen eine AG ihren Sitz ins Ausland verlegt. Man muss dabei auf den Einzelfall abstellen.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Flucht sämtlicher mit der Verwaltung betrauter Personen allenfalls der AG anzurechnen sei. Verschiedene Autoren⁹¹ verneinen dies, während sich Siegwart⁹² auf den Standpunkt stellt, Zahlungsflucht liege auch vor, “wenn alle Verwalter unter Mitnahme des Vermögens der von ihnen vollständig beherrschten Gesellschaft fliehen”. 38

Zu den Voraussetzungen der Zahlungsflucht gehört, dass diese durch den Schuldner selbst und nicht durch einen gesetzlichen oder vertraglichen Vertreter begangen wird⁹³. Grundsätzlich sind die AG und die hinter ihr stehenden Aktionäre verschiedene Rechtssubjekte. Bei der Einmann-AG⁹⁴ ist jedoch aufgrund der wirtschaftlichen Identität zwischen dem Allein- bzw. Hauptaktionär und der Gesellschaft die formale Trennung gegenüber Dritten nicht zu beachten, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst oder Rechtsmissbrauch darstellt⁹⁵. Die Möglichkeit des Durchgriffs stellt sich nur bei der Einmann-AG⁹⁶. Somit ist zu prüfen, ob bei der Zahlungsflucht des Einmannes oder – im Falle von Minderheitsbeteiligungen – aller Aktionäre die Voraus- 39

88 SchKG 190 I Ziff. 1.

89 Baumann 34; Gentinetta 10 unten und 11 unten; Henze 25; Leemann 58; Fellmann 55 und W. v. Steiger Einl. N 76 für die GmbH; R. Müller 27 für die Genossenschaft; Moor 29 lit. b für die Kollektivgesellschaft. A.M. Baumann 55 Anm. 2; Locher 81 Anm. 5.

90 Brand SJK 993 S. 2 B 2.; vgl. dazu auch Baumann 35; Fritzsche II 29 f.; SJZ 51 (1955) 348 Nr. 176 (= BLSchK 20 (1956) 142 Nr. 39); SemJud 68 (1946) 447/48 (= SJZ 44 (1948) 74 Nr. 23), 54 (1932) 159 (= SJZ 28 (1931/32) 313 Nr. 262).

91 Gentinetta 10/11; Henze 25; Fellmann 55 für die GmbH.

92 Siegwart Einl. N 329 S. 124; ähnlich Herold, SJZ 30 (1933/34) 147.

93 Baumann 34; Gentinetta 9; Leemann 59.

94 Zum Begriff der Einmann-AG siehe vorn N 30.

95 Vgl. zum Problem vorn N 31 und dort zit. Stellen.

96 Vgl. vorn N 32.

setzungen zum Durchgriff erfüllt sind und aus diesem Grund über die AG der Konkurs eröffnet werden kann.

40 Mit der Zahlungsflucht entzieht sich der Einmann den Verbindlichkeiten seiner AG. Damit wird zwar die finanzielle Grundlage der AG nicht verändert, aber hinter der Flucht vor den Verbindlichkeiten steht – im Gegensatz zum unbekannten Aufenthalt – die Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen. Die Berufung auf die rechtliche Trennung zwischen der AG und dem Einmann erfolgt in diesem Falle, um die Gläubiger in ihren schutzwürdigen Interessen zu schädigen. Das Vorhaben des Einmannes, mit der Rechtsform der AG die Gläubiger zu Schaden kommen zu lassen, ist m.E. nicht zu schützen. Ein Gläubiger des Einmannes hat wegen der Zahlungsflucht einen Grund zur Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung und vermag deshalb rasch auf dessen privates, nicht in der AG investiertes Vermögen zu greifen. Es wäre stossend, einem Gesellschaftsgläubiger zu verwehren, ebenso schnell und auf dem gleichen Weg an das Gesellschaftsvermögen, also bei der wirtschaftlichen Identität zwischen der AG und dem Einmann eigentlich einem zu speziellen Zwecken ausgesonderten Teil des Privatvermögens⁹⁷, zu gelangen.

41 Der Einmann indessen darf sich nicht auf seine wirtschaftliche Gleichheit mit der AG berufen⁹⁸. Jaeger/Daeniker bezeichnen denn auch in Art. 190 N 7c) die Abtretung aller Aktiven eines Schuldners an eine neugegründete AG, deren einziger Verwaltungsrat er selbst ist und in dieser Eigenschaft eine Schuldanerkennung an sich selbst ausstellt, wonach der Gegenwert der Aktiven nach zehn Jahren an ihn zu bezahlen ist, als Zahlungsflucht⁹⁹.

42 Die Frage des Durchgriffs wegen Zahlungsflucht ist in der Praxis nicht von Bedeutung. Mit der Zahlungsflucht werden häufig noch betrügerische Handlungen zum Nachteil der Gläubiger¹⁰⁰ begangen. Allenfalls kann bei einer Zahlungsflucht – sei es nun wegen der Sitzverlegung einer Gesellschaft oder wegen des Durchgriffs bei einer Einmann-AG – auch auf eine Zahlungseinstellung¹⁰¹ geschlossen werden. Gewöhnlich verursachen die schlechten finanziellen Verhältnisse die Zahlungsflucht. Oft ist ebenfalls der Konkursgrund der Überschuldung¹⁰² gegeben¹⁰³.

97 Faktisch besteht die gleiche Lage wie bei einer Einzelfirma.

98 Homburger, SJZ 67 (1971) 254, ebenso N. Meyer, SAG 43 (1971) 244 lit. b, 246 Ziff. 9, 247 lit. b; Nobel, Einleitungsartikel 213 und dort zit. Stellen.

99 Der dort zitierte Entscheid SJZ 30 (1933/34) 185 Nr. 149 qualifiziert diesen Sachverhalt allerdings als betrügerische Handlung zum Nachteil der Gläubiger.

100 Hinten N 46 ff.

101 Hinten N 57 ff.

102 Hinten N 74 ff.

103 Zum Ganzen: Gentinetta 12 § 2; Henze 26; R. Müller 27/28.

Konkurseröffnungsort

Gemäss SchKG 54 i.V.m. SchKG 46 II wird bei Zahlungsflucht der Konkurs am letzten Sitz der AG eröffnet^{104,105}.

Legitimation

Nur ein Gläubiger¹⁰⁶ ist berechtigt, bei Zahlungsflucht die Konkurseröffnung zu verlangen (SchKG 190). Andere Personen sind dazu nicht befugt. Über die Stellung und die Behandlung derjenigen Gläubiger, deren Ansprüche in einem engen Zusammenhang mit der Eigenart der AG stehen, kann auf die früheren Ausführungen verwiesen werden¹⁰⁷. Die AG unterscheidet sich sonst in der Legitimationsfrage nicht von anderen Schuldnern.

Verfahren

Auf die aktienrechtlichen Besonderheiten im Verfahren wird hinten in § 7 eingegangen.

104 SchKG 54 verweist uneingeschränkt auf SchKG 46 und nicht nur auf Teile davon wie bei den Verweisungen auf SchKG 190 und SchKG 271 (Ziff. 1 bzw. Abs. 1 Ziff. 1).

105 Vgl. auch Gentinetta 73; Henze 26; Fellmann 55 (GmbH); R. Müller 28 (Genossenschaft); ferner hinten § 7 N 5a, 17.

106 Zur Legitimation vgl. BGE 85 III 151/52 E 3 (= Pr 49 Nr. 11); BJM 1960, 128, 137/38; ZBJV 46 (1910) 402; ZR 28 (1929) Nr. 14; SemJud 58 (1936) 455 (= SJZ 33 (1936/37) 136 Nr. 102 = BISchK 2 (1938) 110), 57 (1935) 89 (= SJZ 31 (1934/35) 330 Nr. 262); SJZ 18 (1921/22) 94 Nr. 23; Baumann 74 ff.; Blumenstein 601 f.; Favre 286; Fritzsche II 34 f.; Gentinetta 59 ff.; Henze 41, 49 f.; Jaeger Art. 190 N 1 f.; Leemann 63 ff.; Reichel Art. 190 N 1; Walder Art. 190 Anm. 1.

107 Vorn N 11 ff.

*C. Betrügerische Handlungen zum Nachteile der Gläubiger*¹⁰⁸

- Inhaltsübersicht: Begriff und Voraussetzungen, N 46 f.
 Anwendbarkeit auf die AG, N 48
 Konkurseröffnungsort, N 49
 Legitimation, N 50
 Verfahren, N 51

Begriff und Voraussetzungen

- 46 Eine betrügerische Handlung zum Nachteile der Gläubiger ist ein ohne Rücksicht auf die Strafbarkeit und unabhängig von seiner Vermögenslage¹⁰⁹ rechtswidriges Verhalten des Schuldners, von dem dieser ungeachtet der tatsächlich eingetretenen Wirkung weiss oder wissen müsste, dass dadurch alle oder einzelne¹¹⁰ seiner Gläubiger zu Schaden kommen, d.h. deren Forderungsrechte mit und ohne gleichzeitiger Begünstigung anderer Gläubiger vereitelt, umgangen, geschmälert oder erschwert werden¹¹¹.
- 47 Der Konkursgrund setzt voraus, dass der Schuldner oder ein von ihm dazu bewegter Dritter eine betrügerische Handlung begangen oder zu begehen versucht hat. Zudem ist die schuldnerische Absicht, sämtliche oder vereinzelter seiner Gläubiger zu benachteiligen, nötig. Als letzter Punkt muss zwischen der

108 SchKG 190 I Ziff. 1. Amonn 284 85; Baumann 36 ff.; Blumenstein 598 f.; Brand SJK 993 S. 3; Favre 284; Fritzsche II 30; Gentinetta § 3; Henze 26 f.; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 190 N 8; Leemann § 5.

109 Brand SJK 993 S. 3; Gentinetta 12; Leemann 67, 72 Ziff. 3 und 75 Ziff. 3. A.M. Jaeger Art. 190 N 8 und mit ihm Fellmann 55, welche die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners verlangen.

110 Ein einziger Gläubiger genügt (BJM 1960, 136).

111 Vgl. zum Begriff BGE 97 I 309 ff., insbes. 312 (= Pr 60 Nr. 148); BJM 1960, 134, 138; SemJud 100 (1978) 460 ff.; ZBJV 76 (1940) 249 f. (= BLSchK 4 (1940) 112 Nr. 55), 37 (1901) 160 f.; Baumann 36 ff.; Blumenstein 598 f.; Brand SJK 993 S. 3; Fellmann 55 f.; Fritzsche II 30; Gentinetta 12 f.; Henze 26 f.; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 190 N 8.

Exkurs: Ein Schuldner, welcher, wenn ein Gläubiger ihn betreibt und seine Eintragung im Handelsregister verlangt, sein Geschäft einer AG abtritt, bei der er Direktor ist, begeht eine betrügerische Handlung zum Nachteile der Gläubiger (SemJud 57 (1935) 94 = SJZ 31 (1934/35) 330 Nr. 262). Ebenso, falls er eine AG gründet, sich zu deren alleinigem Verwaltungsrat wählen lässt, ihr seine sämtlichen Aktiven abtritt und sich dafür eine Schuldanerkennung ausstellt, wonach der Gegenwert in zehn Jahren zur Zahlung fällig wird (JdT 81 (1933) II 128 = SJZ 30 (1933/34) 185 Nr. 149).

begangenen oder versuchten betrügerischen Handlung und dem erfolgten oder beabsichtigten Nachteil ein Kausalzusammenhang bestehen¹¹².

Anwendbarkeit

Eine juristische Person handelt durch ihre Organe. Gemäss ZGB 55 II ver- 48
pflichten diese jene, ja sie sind sogar Teil der juristischen Person¹¹³. Deshalb
setzt ein Organ einer AG, indem es eine betrügerische Handlung zum Nach-
teile der Gesellschaftsgläubiger begeht oder zu begehen versucht, einen Grund,
um über die AG den Konkurs ohne vorgängige Betreibung zu eröffnen^{114, 114a}.

Es ist möglich, dass neben den Organen auch andere Vertreter für die AG
tätig werden. Diese können, wie bei den natürlichen Personen, ebenfalls bei
der AG durch eine betrügerische Handlung die Konkurseröffnung über den
vertretenen Schuldner, also die Gesellschaft, verursachen. Liegt die betrügeri-
sche Absicht bei der AG bzw. einer ihrer Personen in Organstellung, so ist der
Konkursgrund unabhängig vom Wissen des Vertreters¹¹⁵ gegeben. Besteht sie
jedoch nur auf seiten des Vertreters, so ist es nötig, dass seine Handlung ent-
weder die AG verpflichtet, d.h. seine Vertretungsmacht nicht überschreitet,
oder bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag durch die AG nachträglich ge-
nehmigt worden ist¹¹⁶.

Konkurseröffnungsort

Bei betrügerischen Handlungen zum Nachteile der Gläubiger wird der Kon- 49
kurs am Sitz der AG eröffnet¹¹⁷.

112 Baumann 39; Brand SJK 993 S. 3; Gentinetta 19; Leemann 70 f.

113 Bürgi Art. 718 N 18; Forstmoser/Meier-Hayoz § 15 N 7 f.; Guhl/Merz/Kummer
§ 18 I 1 S. 133; R. Müller 28; Tuor/Schnyder 109 Ziff. 3.

114 Gentinetta 19, 41; Henze 26 f.; Jaeger Art. 192 N 2 letzter Abs.; Leemann 68;
Locher 81. Fellmann 55 und W. v. Steiger Einl. N 76 für die GmbH; R. Müller 28
für die Genossenschaft; Moor 30 lit. c für die Kollektivgesellschaft. – Das trifft
nicht zu für unredliche Handlungen des Sachwalters und des Liquidators (BJM
1978, 147).

114a Die Konkurseröffnung aufgrund einer unerlaubten Handlung von Organen oder
andern Vertretern ist zu unterscheiden von der *Haftung* der AG für unerlaubte
Handlungen ihrer Organe. Letztere bleibt in dieser Arbeit unberücksichtigt. Vgl.
dazu etwa Forstmoser, Verantwortlichkeit N 458 ff.

115 Gentinetta 18 Ziff. 3; Jaeger Art. 288 N 4; a.M. Leemann 76.

116 Vgl. Gentinetta 16 Ziff. 3, 18 Ziff. 3; Leemann 71, 76.

117 Henze 26; Jaeger Art. 190 N 3; Leemann 68; vgl. auch hinten § 7 N 5a, 17.

Legitimation

- 50 Zum Konkursbegehren ist nur ein Gläubiger legitimiert¹¹⁸. Dieser muss schon vor der betrügerischen Handlung Gesellschaftsgläubiger sein und darf es nicht erst durch die Tat oder gar in einem späteren Zeitpunkt werden¹¹⁹. Über die Gläubigerrechte, die aus einem besonderen Verhältnis zur AG entstanden sind, kann auf N 11 ff. verwiesen werden.

Verfahren

- 51 Ausgewählte Verfahrensfragen werden hinten in § 7 behandelt.

*D. Vermögensverheimlichung*¹²⁰

Inhaltsübersicht: Begriff und Voraussetzungen, N 52
 Anwendbarkeit auf die AG, N 53
 Konkurseröffnungsort, N 54
 Legitimation, N 55
 Verfahren, N 56

Begriff und Voraussetzungen

- 52 Die Vermögensverheimlichung bei einer Betreibung auf Pfändung ist ein Verhalten des Schuldners, durch das er wissentlich und willentlich alle oder

118 Vgl. SJZ 18 (1921/22) 94 Nr. 23; Max X (1938) Nr. 707; SemJud 57 (1935) 93 (= SJZ 31 (1934/35) 330 Nr. 262). Vgl. auch Locher 81 Anm. 4.

119 BGE 97 I 311 f. 2 (= Pr 60 Nr. 148); ZBJV 76 (1940) 250 (= BLSchK 4 (1940) 112 Nr. 35), 50 (1914) 143 f.; ZR 34 (1935) Nr. 103; Baumann 36; a.M. Gentinetta 14; Jaeger Art. 190 N 8; Leemann 77. Im übrigen vgl. zur Legitimation BGE 78 I 123 (= Pr 41 Nr. 104); BJM 1960, 128 E 3a, 137; SJZ 22 (1925/26) 46 Nr. 54; ZBJV 70 (1934) 182 ff.; Baumann 74 ff., insbes. 76; Blumenstein 601 f.; Brand SJK 993 S. 3; Favre 286; Fritzsche II 34 f.; Gentinetta 58 ff.; Henze 41, 49; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 190 N 1 f.; Walder Art. 190 Anm. 1.

120 SchKG 190 I Ziff. 1. Amonn 285; Baumann 39 ff.; Blumenstein 599; Brand SJK 993 S. 3 f.; Favre 284 f.; Fellmann 56 f.; Fritzsche II 30; Gentinetta § 4; Henze 27 f.; Jaeger Art. 91 N 8, 190 N 9; Jaeger/Daeniker Art. 190 N 9; Leemann § 6; R. Müller 28 f.

Teile seiner zur genügenden Pfändung notwendigen Vermögenswerte der Zwangsvollstreckung de facto entzieht¹²¹.

Der Schuldner bewirkt dies, indem er anlässlich der Pfändung Vermögens-
teile verschweigt, verbirgt oder deren Bestehen bestreitet. Soweit es sich bei
den vorenthaltenen Vermögenswerten um zuerkannte Kompetenzstücke
handelt, liegt nur dann eine Vermögensverheimlichung vor, wenn deswegen
dem Schuldner andere Vermögensteile als unpfändbar zugeschrieben worden
sind¹²².

Anwendbarkeit auf die AG

Die Vermögensverheimlichung kommt für die AG nur bei im öffentlichen 53
Recht begründeten Leistungen an öffentliche Kassen oder an Beamte in
Frage¹²³. Solche Forderungen sind gemäss SchKG 43 auch gegen die der
Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner mittels der Betreibung auf
Pfändung oder Pfandverwertung durchzusetzen. Deshalb ist die Verheim-
lichung von Vermögen anlässlich der Betreibung auf Pfändung bei der AG
möglich¹²⁴. In der Praxis ist dieser Konkurseröffnungsgrund allerdings kaum

121 Vgl. zum Begriff BLSchK 1 (1937) 15 Nr. 15; ZR 9 (1910) Nr. 152; Baumann 40 f.;
Brand SJK 993 S. 3 f.; Favre 285; Gentinetta 21 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker
Art. 190 N 9; Leemann 86 ff.; wobei die Auffassungen teilweise voneinander ab-
weichen.

122 Gentinetta 21 f.; Leemann 88.

123 Z.B. Steuerforderungen, vgl. dazu Amonn, ASA 47 (1978/79) 438 f.; Lott; Strick-
ler, MaschSchr. 89 ff. (im Teildruck (II. Teil), Zürich 1940 ist diese Frage nicht
berücksichtigt worden). Ansprüche der Schweizerischen PTT für rückständige
Telefongebühren (BLSchK 43 (1979) 42 f.). Für Wasser- und Stromrechnungen von
öffentlich-rechtlichen Institutionen vgl. BLSchK 34 (1970) 49 Nr. 15. Die von der
Eidgenössischen Bankkommission aufgrund von AFG 43 II verfügte Sicherheits-
leistung gegen eine als AG konzipierte Anlagefondsleitung fällt nicht unter SchKG
43; sie ist auf dem Weg der Konkursbetreibung zu vollstrecken (BGE 94 III 65 ff.,
insbes. 72 = Pr 58 Nr. 32 = SAG 42 (1970) 86 ff., insbes. 91 f.). Ebenso unterliegt
eine Forderung, die zwar letztlich von Steuern herrührt, jedoch Teil des Kaufpreises
bildet, nicht der Betreibung auf Pfändung oder Pfandverwertung (BLSchK 41 (1977)
182 Nr. 44 = SJZ 75 (1979) 286 Nr. 72).

124 Henze 27; a.M. Locher 81 Anm. 5, Siegwart Einl. N 329. Fellmann 56 f. und
W. v. Steiger Einl. N 76 bejahen die Vermögensverheimlichung für die GmbH,
R. Müller 28 und F. v. Steiger, Genossenschaftsrecht 147/48 (sowie der dort zit.
Tatbestand von BGE 57 I 233 ff.) für die Genossenschaft sowie Moor 31 lit. d für
die Kollektivgesellschaft. Vgl. auch Gentinetta 24, 41; Leemann 84/85; Marmy
34. – Kritik an dieser Regelung bei Schaub, ST 47 (1973) 165.

anzutreffen¹²⁵. Über den Personenkreis, welcher für eine AG Vermögen verheimlichen kann, gelten sinngemäss die Ausführungen bei den betrügerischen Handlungen zum Nachtheile der Gläubiger (vorn N 48).

Konkurseröffnungsort

- 54 Der Ort der Konkurseröffnung wird in § 7 N 17 behandelt.

Legitimation

- 55 Jeder Gläubiger ist befugt, bei einer Vermögensverheimlichung das Konkursbegehren zu stellen, und nicht nur derjenige, welcher an der betreffenden Pfändung teilnimmt^{126,127}.

Verfahren

- 56 Im Verfahren unterscheidet sich die AG nur in wenigen Punkten von den anderen Schuldnern¹²⁸.

125 Gentinetta 24; Leemann 85; Moor 31 lit. d. Wenn obgenannte Leistungen nicht bezahlt werden, liegt nach R. Müller 29 meistens zusätzlich eine Zahlungseinstellung vor. Diese Ursache schränkt das Vorkommen des ohnehin schon seltenen Konkurs-eröffnungsgrundes noch mehr ein. In diesem Sinne auch Fellmann 57 und Henze 28.

126 Amonn 285; Baumann 76; Brand SJK 993 S. 3; Favre 284/85; Fritzsche II 30 Anm. 48; Jaeger Art. 190 N 9; Leemann 82 f., 89; SJZ 22 (1925/26) 46 Nr. 54; a.M. ZR 40 (1941) Nr. 13 (= BJSchK 5 (1941) 144 Nr. 67 = SJZ 37 (1940/41) 220 Nr. 43). Zur Legitimation im allgemeinen: SAG 18 (1921/22) 94 Nr. 23; Baumann 74 ff.; Blumenstein 601 f.; Favre 286; Fritzsche II 34 f.; Gentinetta 59 ff.; Henze 41, 49 f.; Jaeger Art. 190 N 1 f.

127 Zu den Gläubigern, deren Forderungsrechte von der Beschaffenheit der AG her-
rühren, vgl. vorn N 11 ff.

128 Vgl. hinten § 7.

*E. Zahlungseinstellung*¹²⁹

Inhaltsübersicht: Begriff und Beispiele, N 57
 Anwendbarkeit auf die AG, N 58
 Konkurseröffnungsort, N 59
 Legitimation, N 60
 Verfahren, N 61

Begriff und Beispiele

Die Zahlungseinstellung ist "das erkennbar gewordene Unvermögen des 57 Schuldners ..., wegen eines nicht nur kurzfristigen Mangels an Zahlungsmitteln seine fälligen Geldschulden¹³⁰ zu erfüllen"¹³¹. Dieses beruht auf der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners.

Die Zahlungseinstellung ist jedoch nicht mit der Zahlungsunfähigkeit¹³² gleichzusetzen. Wohl hängen beide eng zusammen, denn die Zahlungseinstellung dokumentiert die Zahlungsunfähigkeit¹³³. Aufgrund der Zahlungsunfähigkeit allein kann der Konkurs nur auf Antrag des Schuldners¹³⁴, nicht aber eines Gläubigers oder von Amtes wegen eröffnet werden¹³⁵.

129 SchKG 190 I Ziff. 2. – Amonn 285; Baumann 48 ff.; Blumenstein 600 f.; Brand SJK 993 S. 4; Favre 285; Fellmann 57 ff.; Fritzsche II 30 f.; Gentinetta § 5; Henze 28 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 190 N 11; Leemann § 7; Reichel Art. 190 N 6.

130 Es genügt auch ein wesentlicher Teil davon, BGE 85 III 154 (= Pr 49 Nr. 11 = SAG 33 (1960/61) 24); vgl. Amonn 285 a.E.; Baumann 51; Gentinetta 29; Jaeger Art. 190 N 11; Leemann 102.

131 Baumann 50. Zum Begriff vgl. überdies BGE 85 III 152 ff. E 4 (= Pr 49 Nr. 11 = SAG 33 (1960/61) 22 ff.), 23 I 187 E 5; JdT 122 (1974) 126 f. (= BISchK 42 (1978) 156 f.); SemJud 93 (1971) 637 f., 64 (1942) 542 ff.; ZR 38 (1939) Nr. 130 (= BISchK 4 (1940) 42 Nr. 29), 36 (1937) Nr. 142, 27 (1928) Nr. 49; Blumenstein 600; Brand SJK 993 S. 4; Carry, ZSR 51 (1932) 453a lit. c; Favre 285; Fellmann 57 f.; Fritzsche II 31; Gentinetta 26 ff.; Haab, ZSR 51 (1932) 298a; Henze 28 f.; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 190 N 11; Leemann 102; Reichel Art. 190 N 6; Werner 10.

132 Zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit siehe hinten N 66.

133 Baumann 50; Blumenstein 600; Favre 285; Gentinetta 26; vgl. auch Fritzsche II 31; Leemann 96 f.; Reichel Art. 190 N 6 S. 246; JdT 122 (1974) II 127 (= BISchK 42 (1978) 156). – Abgrenzung der Zahlungseinstellung gegenüber der Insolvenzerklärung hinten N 67, gegenüber der Überschuldung hinten N 80.

134 Vgl. auch hinten N 71 f.

135 Hingegen ist bei notorischer Zahlungsunfähigkeit eine AG in Analogie zu ZGB 77 als aufgelöst zu betrachten und im Handelsregister zu löschen (vgl. vorn § 2 Anm. 4).

Um zu beurteilen, ob der Schuldner die Zahlungen eingestellt hat, muss man auf den Einzelfall abstellen^{136,137}.

Anwendbarkeit auf die AG

- 58 Die AG handelt durch ihre Organe. Diese können für sie die Zahlungen einstellen¹³⁸. Aber auch Vertreter der AG, welche nicht Organe sind, vermögen die Gesellschaft unter Umständen zu verpflichten. Diese Vertreter unterscheiden sich hinsichtlich der Zahlungseinstellung nicht von denjenigen irgendeines andern der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldners¹³⁹. Damit ist ebenso gesagt, dass die AG das Erfordernis von SchKG 190 I Ziff. 2, nämlich der Konkursbetreibung zu unterliegen¹⁴⁰, erfüllt. Aus diesen Gründen stellt die Zahlungseinstellung für die AG einen Grund zur Konkurseröffnung dar¹⁴¹.

Konkurseröffnungsort

- 59 Zum Ort der Konkurseröffnung wird auf § 7 N 17 verwiesen.

136 Baumann 51; Blumenstein 601; Gentinetta 30; Leemann 102 f., 109; Reichel Art. 190 N 6.

137 So gilt das plötzliche und ohne einleuchtende Erklärung erfolgte Schliessen der Geschäftslokale als Ausdruck der Zahlungseinstellung (ZR 36 (1937) Nr. 142). Der Vermerk "Abgereist ohne Hinterlassung einer Adresse" auf dem den Verwaltungsratsmitgliedern einer AG zugestellten Zahlungsbefehl bedeutet nicht, dass die AG ihre Zahlungen eingestellt habe (SemJud 68 (1946) 446 = SJZ 44 (1948) 74 Nr. 23). Weitere Beispiele bei Baumann 52; Blumenstein 600 Anm. 17; Jaeger/Daeniker Art. 190 N 11; Leemann 104; SemJud 54 (1932) 154 (= SJZ 28 (1931/32) 313 Nr. 262); ZBJV 51 (1915) 246 f.; ZR 18 (1919) Nr. 96.

138 Henze 28; für die GmbH: Fellmann 57/58 und W. v. Steiger Einl. N 77; vgl. sinngemäss vorn N 48.

139 Vgl. zur Vertretung bei Zahlungseinstellung Baumann 51 Anm. 4; Gentinetta 31; Jaeger Art. 190 N 11 S. 598.

140 Zur Konkursfähigkeit der AG vorn § 3 N 1 f.

141 Vgl. auch Bachmann Art. 657 N 3; Bürgi Art. 736 N 27; Gentinetta 41; Jaeger Art. 192 N 2 letzter Abs.; Marmy 34; Schech 22; Werner 7 lit. B; SJZ 5 (1908/09) 148 Nr. 228. A.M. Locher 81 Anm. 5. Für die GmbH W. v. Steiger Einl. N 76. Für die Kollektivgesellschaft Moor 31 lit. e.

Legitimation

Die Konkurseröffnung aufgrund der Zahlungseinstellung kann einzig ein 60
Gläubiger^{142, 143} verlangen, und zwar unabhängig davon, ob seine Forderung
fällig ist oder nicht¹⁴⁴.

Verfahren

Das Verfahren weist für die AG in gewissen Teilen Besonderheiten auf¹⁴⁵. 61

*F. Widerruf einer Nachlassstundung und
Verwerfung oder Widerruf eines Nachlassvertrages¹⁴⁶*

Inhaltsübersicht: Allgemeines, N 62
Anwendbarkeit auf die AG, N 63
Legitimation, N 64
Konkurseröffnungsort und Verfahren, N 65

142 Max IX (1938) Nr. 707; SJZ 18 (1921/22) 95 Nr. 23. Vgl. auch SemJud 64 (1942) 542.

143 Über Forderungen, welche aus der besonderen Stellung von Gläubigern zur AG hervorgehen, vgl. vorn N 11 ff.

144 Baumann 74 ff.; Blumenstein 601 f.; Favre 286; Fritzsche II 34 f.; Gentinetta 59 ff.; Henze 41, 50; Jaeger Art. 190 N 1 f.; Leemann 110 f.; BGE 85 III 152 E 3 (= Pr 49 Nr. 11).

145 Siehe hinten § 7.

146 Baumann 53 f.; Blumenstein 601; Brand SJK 958b S. 10 f., SJK 959 S. 11 f., SJK 993 S. 4 Ziff. 6; Favre 285 f.; Fritzsche II 344; Gentinetta § 6; Henze 30 f.; Jaeger Art. 190 N 12, Art. 309, 316; Jaeger/Daeniker Art. 309, 316; Keller 116 f.; Leemann § 8; Ludwig 126 ff.; v. Overbeck 239 ff.; Paschoud 167 ff.; Reichel Art. 190 N 7, Art. 316; Schwyzer 147 ff., 195 ff. Literatur zur Nachlassstundung bzw. zum Nachlassvertrag siehe hinten § 6 Anm. 2.

Allgemeines

- 62 Wird eine Nachlassstundung widerrufen^{147,148}, ein Nachlassvertrag verworfen^{149,150} oder widerrufen¹⁵¹, kann jeder Gläubiger innert zehn Tagen ab Bekanntmachung¹⁵² die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung verlangen (SchKG 190 I Ziff. 3, 309, 316).

147 Voraussetzungen zum Widerruf einer Nachlassstundung in SchKG 298 II.

148 Dem Widerruf der Nachlassstundung ist die unbenutzt verstrichene Stundungsfrist gleichzustellen. (Wenn jedoch alle erforderlichen Unterlagen innert Stundungsfrist bei der Nachlassbehörde eingereicht worden sind, wirkt die Stundung bis zur Bekanntgabe des Entscheides über den Ablauf der Frist hinaus.) Vgl. Baumann 53; Brand SJK 958b S. 3 f. und dort zit. Literatur: Favre 286; Fritzsche II 326 f.; Gentinetta 35; Glarner 20; J. Hirsch, SJZ 59 (1963) 356 ff.; Jaeger Art. 295 N 2; Leemann 117 f.

149 Das betrifft nur den Nachlassvertrag ausserhalb des Konkurses. Verwirft die Nachlassbehörde einen Nachlassvertrag im Konkurs (SchKG 317), muss der Konkurs nicht nochmals eröffnet werden, sondern das Konkursverfahren läuft weiter. Vgl. Baumann 54; Brand SJK 993 S. 4 Ziff. 6; Favre 286; Gentinetta 33; Jaeger Art. 309 N 1; Leemann 119.

150 Zu den Kriterien, ob ein Nachlassvertrag zu bestätigen oder zu verwerfen sei, vgl. SchKG 306; Favre 401 f.; Fritzsche II 327 ff.; Ganahl; Glarner 23 ff.; ders., SJZ 59 (1963) 353 ff. (= BISchK 29 (1965) 1 ff.); Hürlimann; Ludwig 17 f. und dort zit. Entscheide, insbes. BGE 95 III 68 ff. F 5, 6, 87 III 36 ff. F 3, 4; Schoder, ZBJV 88 (1952) 432 ff. Dabei sind die Unwürdigkeitshandlungen der Organe der AG anzurechnen, ebenso ZBJV 67 (1931) 593. Zum Verfahren vgl. BISchK 32 (1968) 90 ff. – Weiterzug eines verworfenen Nachlassvertrages: Wiederherstellung der Frist analog OG 35 bei Unmöglichkeit wegen ausserordentlichen Umfangs der angefochtenen Entscheidung die Streitsache innert Frist gewissenhaft und vollständig zu bearbeiten (ZR 66 (1967) Nr. 117).

151 Der Widerruf des Nachlassvertrages wirkt sich gleich aus wie die Verwerfung (SchKG 316 i.V.m. 309); vgl. Baumann 54, Blumenstein 929 f.; Brand SJK 993 S. 4 Ziff. 6; Favre 286; Fritzsche II 346 f., 362 f.; Leemann 119; Ludwig 126 ff. – Im Gegensatz zur Verwerfung besteht beim Widerruf kein Unterschied zwischen dem Nachlassvertrag ausserhalb des Konkurses und dem im Konkurs. Letzterer hat ja den Konkurswiderruf zur Folge (SchKG 195, 317 III). Deshalb muss ein Gläubiger in beiden Fällen die Konkurseröffnung neu verlangen. Das Konkursverfahren beim widerrufenen Nachlassvertrag im Konkurs soll jedoch nur beschränkt wiederholt werden. Vgl. Baumann 54; Gentinetta 33 f.; Jaeger Art. 316 N 5; Leemann 119.

152 Für den Beginn der Frist vgl. SchKG 308 i.V.m. 35. Lässt der Gläubiger die Frist unbenutzt verstreichen, gelten wieder die allgemeinen Grundsätze der Konkursbetreibung (Fritzsche II 32, 336). Vgl. zum Teil mit Abweichungen Brand SJK 993 S. 4 Ziff. 6; Henze 30; Jaeger Art. 190 N 12; Leemann 122. Die zehntägige Frist ist gewährt, wenn der Gläubiger das Konkursbegehren innerhalb der zufolge Betreuungsfällen gemäss SchKG 63 eingetretenen Fristverlängerung stellt (BISchK 13 (1949) 140 f. Nr. 40).

Anwendbarkeit auf die AG

Die Frage der Nachlassfähigkeit von juristischen Personen im allgemeinen ⁶³ und der AG im besonderen war früher umstritten. Heute wird sie bejaht¹⁵³. (Dass die AG der Konkursbetreibung unterliegt, steht ausser Zweifel¹⁵⁴.) Demnach ist der rubrizierte Konkurseröffnungsgrund ebenfalls auf die AG anwendbar¹⁵⁵.

Legitimation

Die Konkurseröffnung kann jeder Gläubiger begehren, auch derjenige, ⁶⁴ welcher sich am Nachlassverfahren verspätet angemeldet oder daran gar nicht teilgenommen hat¹⁵⁶.

Konkurseröffnungsort und Verfahren

Für die Besonderheiten im Verfahren sei auf § 7 und speziell für den Ort ⁶⁵ der Konkurseröffnung auf § 7 N 17 verwiesen.

153 Zur Problematik: BGE 62 III 69 E 2 (= Pr 25 Nr. 101); ZBJV 68 (1932) 499; Bachmann Art. 657 N 4 a.E.; Blumenstein 897 Anm. 1; Brand SJK 958 S. 4 f., SJK 959 S. 8; Büchi 92 Ziff. 1.1; Bürgi Art. 736 N 35 ff., 741 N 29, 31; Curti, Aktiengesellschaft 186 f.; Favre 399 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz § 41 N 12; Fritzsche II 310 und Anm. 393; Funk Art. 736 N 4, 740 N 5; Ganahl 16; Glarner 12 a.E.; ders., SJZ 59 (1963) 353 (= BLSchK 29 (1965) 1 ff.); Henze 123 ff.; Hindermann 195 a.E.; Hürlimann 36; Jaeger Art. 293 N 1 S. 417; Jaeger/Daeniker Art. 293 N 1 S. 505; Leemann 116 f. und 117 Anm. 1; Ludwig 16; Papa 18 ff.; Paschoud 197; Reichel Art. 293 N 12; Schwyzer 25 f.; Siegwart Einl. N 330, 332; F. v. Steiger 330, 334; Stockmann 116; Fellmann 59 für die GmbH. Vgl. auch SOG 1976 Nr. 12 S. 25.

154 Vgl. vorn § 3 N 1 f.

155 Ebenso Bürgi Art. 736 N 27; Jaeger Art. 192 N 2 letzter Abs.; Locher 81; vgl. auch Gentinetta 41 und Marmy 34. Für die GmbH: W. v. Steiger Einl. N 76.

156 Baumann 76 bei Anm. 4; Brand SJK 993 S. 4 Ziff. 6; Jaeger Art. 190 N 12, 309 N 4; Leemann 121. Vgl. weiter zur Gläubigereigenschaft: Baumann 74 ff.; Blumenstein 601 f.; Favre 286; Fritzsche II 34 f.; Gentinetta 59 ff.; Henze 41, 49 f.; Jaeger Art. 190 N 1 f. Vgl. auch Locher 81 Anm. 4.

*G. Insolvenzerklärung*¹⁵⁷

Inhaltsübersicht: Begriff und Abgrenzung, N 66 f.
 Anwendbarkeit auf die AG, N 68
 Materielle Voraussetzungen, N 69
 Kostenvorschuss, N 70
 Legitimation, N 71 f.
 Häufigkeit, N 73
 Konkurseröffnungsort und Verfahren, N 74

Begriff und Abgrenzung

- 66 “Unter Insolvenz versteht man die Unfähigkeit des Schuldners, aus einem nicht nur vorübergehenden Mangel an Zahlungsmitteln seine fälligen Geldschulden zu begleichen.”¹⁵⁸
- 67 Gemäss SchKG 191 kann sich ein Schuldner beim Gericht als zahlungsunfähig erklären und damit die Konkurseröffnung bewirken. Mit der Insolvenzerklärung gibt also der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit bekannt. Nun manifestiert aber auch die Zahlungseinstellung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners¹⁵⁹. Der Unterschied zwischen der Insolvenzerklärung und der Zahlungseinstellung besteht darin, dass bei dieser die erkennbar gewordene Zahlungsunfähigkeit für den Gläubiger einen Grund darstellt, die Konkurseröffnung zu verlangen, während bei jener der Schuldner die Zahlungsunfähigkeit dem Richter ausdrücklich mitteilt und mit dieser Erklärung die Konkurseröffnung veranlasst¹⁶⁰. Überdies stellt die Zahlungseinstellung nur bei einem

157 Amonn 287 f.; Baumann 41 ff.; Blumenstein 604; Brand SJK 993 S. 4 f.; Favre 287; Fellmann 59 ff.; Fritzsche II 32 f.; Gentinetta § 7; Henze 31 f.; Hindermann 157; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 191; Lanter; Leemann § 9; R. Müller 29 f.; Reichel Art. 191.

158 Baumann 49. Vgl. auch BGF 68 II 179 f. (= Pr 31 Nr. 102 = JdT 90 (1942) I 567 f.); Amonn 285; Baumann 41 Anm. 2; Becker Art. 83 N 1; Boemle 32, 416; Brosset/Schmidt II 251 lit. b; Carry, ZSR 51 (1932) 452a lit. b und Anm. 138; Engel 444, 598; Fellmann 57; Gentinetta 25; Haab, ZSR 51 (1932) 298a; Henze 28, 31; Lanter 38 Anm. 4; Leemann 93; Metzler 6; Oser/Schönenberger Art. 83 N 5; Werner 9 f. Davon zu unterscheiden ist die Zahlungsunfähigkeit, wie sie die französische und die italienische Fassung von OR 725 (Marginalie, Abs. 2 und 3) verstehen. Dort wird von insolvabilité bzw. insolvenza gesprochen, wenn die Aktiven die Gläubigerforderungen nicht mehr decken. Der deutsche Text bezeichnet diesen Zustand als Überschuldung. Vgl. hinten Anm. 254. Zur Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit von der Überschuldung siehe hinten N 78.

159 Siehe vorn N 57.

160 Vgl. auch Gentinetta 37 f.

der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner¹⁶¹, die Insolvenzerklärung hingegen bei jedem Schuldner¹⁶² einen Konkurseröffnungsgrund dar¹⁶³.

Anwendbarkeit auf die AG

Wie eben dargelegt, kann sich jeder Schuldner zahlungsunfähig erklären, 68 so auch die AG¹⁶⁴.

Materielle Voraussetzungen

Die einzige materielle Voraussetzung dieses Konkurseröffnungsgrundes ist 69 die schuldenrische Erklärung¹⁶⁵ der Zahlungsunfähigkeit beim Gericht¹⁶⁶. Insbesondere hat die effektive Vermögenslage des Schuldners keine Bedeu-

161 SchKG 190 I Ziff. 2.

162 Amonn 287; Baumann 41; Blumenstein 604; Brand SJK 993 S. 4 lit. C, S. 6 lit. F Ziff. 3; Favre 287; Fritzsche II 32; Jaeger Art. 191 N 1; v. Overbeck 156; Reichel Art. 191 N 1.

163 Zur Abgrenzung der Zahlungsunfähigkeit und der Insolvenzerklärung gegenüber der Überschuldung siehe hinten N 78 bzw. 79.

164 Baumann 78; Brand SJK 993 S. 5 lit. D; Gentinetta 40/41; Hindermann 157; Jaeger Art. 192 N 2 letzter Abs.; Leemann 130; Locher 81; Orange 154 a.E.; Werner 7 f.; Fellmann 60 und W. v. Steiger Einl. N 76 für die GmbH; Gutzwiller Art. 911 N 17 Abs. 2 für die Genossenschaft. A.M. Max XII (1972) Nr. 81 lit. a.

165 Über die Möglichkeiten, gegen diese Erklärung vorzugehen, vgl. Baumann 43 f., 141 Ziff. 2 lit. B; Brand SJK 993 S. 5; Favre 287; Fritzsche II 33; Gentinetta 70, 81; Hindermann 157; Jaeger Art. 191 N 2 f.; Jaeger/Daeniker Art. 191 N 3; Lanter 32 f.; Leemann 131 Anm. 1, 133 Anm. 3; Sträuli/Messmer § 213 N 23 ff.; Zahner 56; JdT 110 (1962) II 32, 126 (= SJZ 60 (1964) 276 Nr. 203); SemJud 88 (1966) 508 f.; SJZ 53 (1957) 222 Nr. 103 (= BJM 1957, 168 = BISchK 22 (1958) 157 f.), 47 (1951) 125 Nr. 39 (= BISchK 16 (1952) 150 ff.), 44 (1948) 145 Nr. 48 (= BISchK 13 (1949) 22 ff.), 39 (1942/43) 315 Nr. 193 (= BISchK 7 (1943) 177 f.); ZBJV 92 (1956) 110 f., 86 (1950) 239 (= BISchK 15 (1951) 24), 86 (1950) 535 (= BISchK 16 (1952) 87 f.), 84 (1948) 493 f. (= BISchK 13 (1949) 113 f.), 62 (1926) 240; ZR 67 (1968) Nr. 114 S. 343 (= BISchK 34 (1970) 20 f.), 56 (1957) Nr. 118 (= BISchK 22 (1958) 174 ff.), 54 (1955) Nr. 161, 34 (1935) Nr. 189, 10 (1911) Nr. 75, 10 (1911) Nr. 100 (= Monatsblätter IV (1911) 191 Nr. 143).

166 Der Konkursgrund verwirklicht sich in der Insolvenzerklärung als solcher (Baumann 41). Vgl. auch RB OGer Thurgau 1976, 72 Nr. 25 (= BISchK 42 (1978) 157 Nr. 43 = SJZ 73 (1977) 364 Nr. 106).

tung^{167,168}. Desgleichen ist es unerheblich, ob Aktiven vorhanden sind oder nicht¹⁶⁹. Auch müssen gegen den Schuldner keine Betreibungen eingeleitet sein, ja selbst seine Schuldner-eigenschaft, d.h. das Vorhandensein von Schulden, ist irrelevant¹⁷⁰. Es steht in der Verfügungsfreiheit des Schuldners über sein Vermögen, die Zahlungsunfähigkeit zu erklären^{171,172}.

Kostenvorschuss

70a Das Gericht kann den sich als zahlungsunfähig erklärenden Schuldner zu einem Kostenvorschuss anhalten¹⁷³. Leistet er diesen nicht, wird der Konkurs nicht eröffnet¹⁷⁴. In der Praxis muss also der Schuldner doch, wenn

167 Siehe Baumann 44; Blumenstein 604; Bürgi Art. 725 N 16 Abs. 2; Favre 287; Jaeger Art. 191 N 3; Lanter 38 ff.; Leemann 132 f.; SJZ 13 (1916/17) 314 Nr. 269. Die Vermögenslage ist auch bei juristischen Personen unbeachtlich (Gentinetta 38).

168 Das Konkursgericht hat weder das Recht noch die Pflicht, die Vermögenslage zu überprüfen; vgl. Baumann 84 bei Anm. 6; Blumenstein 604; Brand SJK 993 S. 5; Fritzsche II 32; Gentinetta 39, 65; Henze 50; Leemann 133; Reichel Art. 191 N 3; Schech 22; Werner 8; RB OGer Thurgau 1976, 72 Nr. 25 (= BLSchK 42 (1978) 157 Nr. 43 = SJZ 73 (1977) 364 Nr. 106); SemJud 89 (1967) 408, 88 (1966) 509.

169 Baumann 44/45; Gentinetta 39; Henze 50; Jaeger/Daeniker Art. 191 N 3; Leemann 130; Reichel Art. 191 N 3; SJZ 13 (1916/17) 314 Nr. 269. Vgl. jedoch die Einschränkung in N 70. A.M. Lanter 41 ff.

170 Baumann 44, 83 bei Anm. 5; Brand SJK 993 S. 5; Gentinetta 38; Henze 50; Jaeger Art. 191 N 1; vgl. auch Lanter 38; a.M. Leemann 130 f.; Reichel Art. 191 N 1 S. 248.

171 Baumann 44; Gentinetta 38. A.M. Archiv IV (1895) 286 Nr. 107 (mit kritischer Bemerkung der Redaktion).

172 Über die Möglichkeiten des Rechtsmissbrauches bei der Insolvenzerklärung bestehen zum Teil unterschiedliche Auffassungen. Vgl. dazu die Übersicht bei Lanter 46 ff. und die dort zit. Stellen sowie Baumann 85; RB OGer Thurgau 1976, 72 Nr. 25 (= BLSchK 42 (1978) 157 Nr. 43 = SJZ 73 (1977) 364 Nr. 106); ZBJV 115 (1979) 483 f. (ausführlicher und mit einer redaktionellen Anmerkung versehen in BLSchK 44 (1980) 79 ff. Nr. 31).

173 SchKG 169 II i.V.m. 194. Vgl. auch KOV 35; JdT 115 (1967) II 18 ff., 73 (1925) II 30 (= SJZ 21 (1924/25) 306 Nr. 258); Max VIII (1935) Nr. 428, VIII (1934) Nr. 338, VII (1929) Nr. 656; RB OGer Thurgau 1976, 72 Nr. 25 (= BLSchK 42 (1978) 157 Nr. 43 = SJZ 73 (1977) 364 Nr. 106); ZBGR 23 (1942) 260; Baumann 97; Brand SJK 993 S. 8; Fritzsche II 8 Anm. 12, 32; Gentinetta 71; Hindermann 157; Jaeger Art. 191 N 3 S. 602 f., 194 N 1; Lanter 45; Leemann 131; a.M. Blumenstein 604 Anm. 26; Max XI (1965) Nr. 436. Zum Zeitpunkt des Kostenvorschusses BGE 97 I 609 ff. (= Pr 61 Nr. 34). – Ein Dritter kann auch selbständig und in eigenem Namen den dem Schuldner auferlegten Kostenvorschuss leisten (ZR 53 (1954) Nr. 18).

174 Nach Henze 51 kann das Gericht einen Kostenvorschuss verlangen, "doch darf es die Eröffnung des Verfahrens nicht davon abhängig machen und namentlich das Begehren nicht abweisen, wenn die A.-G. nicht in der Lage ist, den geforderten Beitrag zu leisten".

auch in einem geringen Ausmass, über Aktiven verfügen. In diesem Sinne ist die Feststellung in obiger Note, die Konkurseröffnung infolge Insolvenzerklärung hänge nicht von Vermögenswerten ab, einzuschränken. Wenn ein Schuldner nicht einmal für den Kostenvorschuss aufkommen kann, müsste bei einer Konkurseröffnung das Verfahren gemäss SchKG 230 mangels Konkursvermögens wieder eingestellt werden. Den Konkurs unter diesen Umständen zu eröffnen, hätte nach Jaeger¹⁷⁵ keinen Sinn. M.E. muss man hier unterscheiden, denn je nach Schuldner hat die Einstellung des Verfahrens mangels Aktiven unterschiedliche Folgen. Ein Schuldner, der nicht der Konkursbetreibung unterliegt, steht nach erfolgter Einstellung des Verfahrens betreibungsrechtlich gleich da wie vor der Konkurseröffnung¹⁷⁶. Das trifft jedoch nicht zu bei einem der Konkursbetreibung unterworfenen Schuldner. Für den Fall der AG bewirkt die Einstellung des Verfahrens u.a., dass die Gesellschaft ins Liquidationsstadium gemäss OR 739 ff. tritt und auf diese Weise untergeht¹⁷⁷. Zudem ermöglicht HRV 66 II, die AG im Handelsregister zu streichen, wenn die Vertreter der AG nicht vorgängig dagegen innert der ihnen vom Registerführer gesetzten Frist begründete Einsprache erheben. (Die Löschung des Handelsregistereintrages kann erst erfolgen, nachdem eine allfällige Liquidation beendet ist.) Wenn nun der Richter den Konkurs über eine sich insolvent erklärende AG mangels des nötigen Kostenvorschusses nicht eröffnet, bleibt diese uneingeschränkt bestehen¹⁷⁸. Um sie dennoch auflösen zu können, muss eine andere Möglichkeit gefunden werden. Dass ein Gläubiger die Konkurseröffnung auf dem Weg der ordentlichen Konkursbetreibung oder gegebenenfalls der Wechselbetreibung anstrebt und die damit verbundenen Kosten auf sich nimmt, ist bei einer zahlungsunfähigen AG, welche nicht einmal den Kostenvorschuss für die Insolvenzerklärung aufbringen kann, wohl möglich, aber wenig wahrscheinlich. Die AG kann von sich aus die eigene Liquidation durchführen. Dies geschieht jedoch aus freien Stücken. Wenn die AG dazu nicht bereit ist oder wenn sie sich einfach passiv verhält, kann die Liquidation nicht erzwungen werden¹⁷⁹. Das ist ein unbefriedigender Zustand. Es bleibt noch, wie es der Regierungsrat des Kantons Schwyz getan hat, die zahlungsunfähige AG in analoger Anwendung von ZGB 77 als

175 Jaeger Art. 191 N 3 S. 603.

176 Vgl. SchKG 230 III.

177 Henze 122; F. v. Steiger, SJZ 38 (1941/42) 215 f.; vgl. ferner Bürgi Art. 736 N 33; Funk Art. 736 N 4 Abs. 2; F. v. Steiger 333 f.

178 Gemäss der Weisung vom 10. September 1965 der Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Kantons Luzern entspricht das "wohl kaum dem Bundesrecht" (Max XI (1965) Nr. 436).

179 Vgl. auch die redaktionelle Mitteilung Oftingers in SJZ 52 (1956) 131 f. SAG 24 (1951/52) 18 f.

aufgelöst zu betrachten und im Handelsregister streichen zu lassen¹⁸⁰. Dieses d Vorgehen verursacht indessen dem Staat ebenfalls Kosten. Da nun nach Bundesrecht nur das Recht, nicht aber die Pflicht besteht, einen Kostenvorschuss zu verlangen¹⁸¹, ist es dem kantonalen Recht überlassen, diesen zwingend zu verlangen oder nicht. Wo es einen Kostenvorschuss nicht vorschreibt, wäre es zu begrüßen, wenn der Richter denselben auch nicht erheben würde¹⁸². So könnte eine zahlungsunfähige AG möglichst rasch aufgelöst werden. De lege ferenda sollte man im Bundesrecht bei juristischen Personen, welche sich insolvent erklären, auf den Kostenvorschuss verzichten. Dadurch bestünde die Möglichkeit, diese nicht mehr existenzfähigen Gebilde schnell zu beiseitigen.

Legitimation

- 71 Sich beim Gericht zahlungsunfähig zu erklären, ist ein Recht, nicht aber eine Pflicht¹⁸³. Legitimiert dazu ist der Schuldner¹⁸⁴. Bei der AG stellt sich die Frage, wer dieses Recht ausüben kann und somit berechtigt ist, für sie die Insolvenzerklärung abzugeben. Gentinetta¹⁸⁵, Henze¹⁸⁶ und Jaeger¹⁸⁷, alle noch unter der Herrschaft des alten Obligationenrechtes, vertraten die Ansicht, vorbehaltlich anderslautender Statuten hätten bei der Insolvenzerklärung sämtliche Verwaltungsratsmitglieder mitzuwirken. Zudem müsse die GV mit einem Beschluss den Verwaltungsrat beauftragt haben, beim Gericht

180 Siehe vorn § 2 Anm. 4.

181 Vgl. Archiv VII (1903) Nr. 27 (= ZBJV 39 (1903) 232 Nr. 11); Lanter 45.

182 Die luzernische Schuldbetreibungs- und Konkurskommission weist die Amtsgerichtspräsidenten und Konkursämter an, keinen Kostenvorschuss anzuordnen (Max XI (1965) Nr. 436). Vgl. hingegen ZBGR 11 (1930) 258 Ziff. 11, wonach ein Konkursrichter, welcher es unterlassen hatte, einen Kostenvorschuss zu verlangen und dem Staat dadurch Schaden verursachte, für diesen bis zum Betrag des Vorschusses, den er nach den betreffenden Vorschriften hätte verlangen sollen, verantwortlich erklärt wurde.

183 Baumann 56; Bürgi Art. 725 N 9; Gentinetta 39 II, 43 lit. B; Henze 31; Leemann 127/28; Marmy 27, 34.

184 Zur Vertretung vgl. Blumenstein 604; Brand SJK 993 S. 5; Henze 31 und Anm. 24; Jaeger Art. 191 N 1 S. 600; Leemann 131; Reichel Art. 191 N 1; ZBJV 50 (1914) 444 Nr. 28; ferner Hess 80.

185 Gentinetta 67.

186 Henze 31 f., 43 ff., 50.

187 Jaeger Art. 191 N 1 S. 600; vgl. auch Max XII (1972) Nr. 81 lit. a.

die Zahlungsunfähigkeit der AG zu erklären¹⁸⁸. Die AB Solothurn¹⁸⁹ hat entschieden, dass die Insolvenzerklärung eines Beschlusses des ganzen Verwaltungsrates bedürfe. Ob überdies ein GV-Beschluss notwendig sei, hat sie offengelassen.

In der Regel wird der Konkurs über einen Schuldner aufgrund eines äusseren Zwanges eröffnet. Entweder begehrt ein Gläubiger die Konkursöffnung oder das Gesetz schreibt diese vor. Die Insolvenzerklärung bildet die Ausnahme, denn sie erfolgt nicht aufgrund einer Pflicht, sondern aus dem freien Willen des Schuldners¹⁹⁰. 72a

Die Erklärung der Zahlungsunfähigkeit hat für die AG die Auflösung zur Folge¹⁹¹. Im Gegensatz zu den andern Konkursöffnungsgründen bleibt es bei der Insolvenzerklärung der AG anheimgestellt, ob sie sich ihrer bedienen will oder nicht. M.a.W. die Insolvenzerklärung ist eine der frei wählbaren Möglichkeiten, eine AG aufzulösen, von der die Gesellschaft nach eigenem Gutdünken Gebrauch machen kann. Sie unterscheidet sich von den übrigen freiwilligen Auflösungsarten im Verfahren. Dieses richtet sich nicht nach den Vorschriften des OR, sondern nach denjenigen des SchKG (OR 740 V). Das ändert jedoch nichts daran, dass die Insolvenzerklärung nicht gezwungenermassen, sondern aus freien Stücken abgegeben wird und somit zu den Auflösungsmöglichkeiten gehört, zu denen sich eine AG aus eigenem Antrieb entschliessen kann. b

Der Beschluss über die freiwillige Auflösung einer AG ist gemäss OR 736 Ziff. 2 von der GV zu fassen. Er gehört zu den unübertragbaren Rechten der GV (OR 698 Ziff. 5)¹⁹². Aus ihm muss hervorgehen, auf welche Art die Auflösung der Gesellschaft durchzuführen ist. Bürgi¹⁹³, Forstmoser/Meier-Hayoz¹⁹⁴, Funk¹⁹⁵ und Schucany¹⁹⁶ erwähnen als solche die Liquidation, die Fusion, die Übernahme und die Umwandlung. Dazu ist m.E. noch die Insolvenzerklärung beizufügen. Trotz ihrer konkursrechtlichen Herkunft c

188 Entsprechend Baumann 80; Werner 8; für die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft Brand SJK 993 S. 5, vgl. auch Moor 32 ff., insbes. 36; für die GmbH Fellmann 60 f. und W. v. Steiger Einl. N 77; für die Genossenschaft R. Müller 29, a.M. Gutzwiller Art. 911 N 17 Abs. 2.

189 Bericht des Obergerichtes des Kantons Solothurn 1956 Nr. 27 S. 110 f. (= BJSchK 22 (1958) 179 f.).

190 Siehe vorn N 71 und Anm. 183.

191 Ausnahme: Widerruf des Konkurses.

192 Vgl. Bürgi Art. 736 N 7; Forstmoser/Meier-Hayoz § 41 N 6; Funk Art. 698 N 9; Schroff 52; F. v. Steiger 203, 329; ders., Prüfung 77 f.

193 Bürgi Art. 736 N 9.

194 Forstmoser/Meier-Hayoz § 18 N 22.

195 Funk Art. 736 N 3.

196 Schucany Art. 736 N 3.

gehört sie zu den nach Belieben der Gesellschaft anwendbaren Auflösungsgründen und unterscheidet sich in dieser Hinsicht nicht von denjenigen des OR. Deshalb soll und muss auch die GV bestimmen können, ob die AG aufgelöst wird, indem die Gesellschaft das Recht, sich zahlungsunfähig zu erklären, beansprucht.

Guhl¹⁹⁷ und Guhl/Merz/Kummer¹⁹⁸ teilen in Auflösungsgründe mit dem Willen und solche gegen den Willen der Aktionäre ein. Letztere sind die Konkurseröffnung auf Begehren des Gläubigers und die Konkurseröffnung infolge Überschuldung¹⁹⁹. Die Insolvenzerklärung gehört also zur Auflösung mit dem Willen der Aktionäre. Demzufolge müssen dieselben entsprechend beschliessen können. Diese Art der Unterteilung führt ebenfalls zum obigen Ergebnis.

Dass die Insolvenzerklärung ein freiwilliger Auflösungsgrund ist und deshalb von der GV beschlossen werden muss, steht auch nicht im Widerspruch zu OR 736 Ziff. 3. Nach dieser Bestimmung wird eine AG durch die Eröffnung des Konkurses aufgelöst. Das OR schweigt jedoch darüber, wie die Konkurseröffnung zustande kommt. Dies ist eine Frage des SchKG und wird denn auch von ihm beantwortet. Hingegen verlangt das OR für eine Auflösung aus freien Stücken einen GV-Beschluss (OR 736 Ziff. 2). Gemäss SchKG 191 *kann* sich ein Schuldner zahlungsunfähig erklären. Die Insolvenzerklärung ist aufgrund ihrer Wirkung für eine AG ein solcher fakultativer Auflösungsgrund im Sinne von OR 736 Ziff. 2. Deshalb muss der Beschluss darüber der GV zufallen. OR 736 Ziff. 3 steht also einer Konkurseröffnung infolge GV-Beschlusses nicht entgegen.

- d Der Auflösungsbeschluss der GV bedarf der öffentlichen Beurkundung (OR 736 Ziff. 2), selbst wenn er einstimmig gefasst worden ist²⁰⁰. Sofern die Statuten nichts anderes bestimmen²⁰¹, genügt aufgrund von OR 703 für den Beschluss, die Insolvenzerklärung der AG abzugeben, das absolute Mehr der vertretenen Aktienstimmen²⁰². Zur Durchführung des GV-Beschlusses ist, eine anders gewählte Regelung vorbehalten, der Verwaltungsrat zuständig (OR 721 I). Der GV fehlt daher grundsätzlich die Befugnis, beim Richter die

197 Guhl SJK 402 S. 1.

198 Guhl/Merz/Kummer § 70 I S. 681.

199 Guhl SJK 402 S. 1; Guhl/Merz/Kummer § 70 I 2 S. 681.

200 Bürgi Art. 736 N 17; SAG 8 (1935/36) 134 f. Vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz § 41 N 8; Guhl SJK 402 S. 1; Guhl/Merz/Kummer § 70 I 1 S. 681; Schucany Art. 736 N 3; F. v. Steiger 329; Rep. 68 (1935) 226 (= SJZ 32 (1935/36) 137 Nr. 106).

201 Das kann auch das Festsetzen eines Auflösungstermins sein.

202 Vgl. Forstmoser/Meier-Hayoz § 41 N 7; Funk Art. 736 N 3; Guhl SJK 402 S. 1; Guhl/Merz/Kummer § 70 I 1 S. 681; F. v. Steiger 329.

Zahlungsunfähigkeit zu erklären²⁰³. Sollte der Verwaltungsrat seiner Obliegenheit nicht nachkommen, so steht es der GV frei, sich Nachachtung zu verschaffen, indem sie ihn wegwählt. Überdies kann der Verwaltungsrat für sein Handeln zur Verantwortung gezogen werden.

Gemäss der Praxis²⁰⁴ ist der Widerruf des Auflösungsbeschlusses nicht e zulässig. In der Lehre sind die Meinungen darüber geteilt²⁰⁵. Der Konkurs – auch derjenige infolge einer Insolvenzerklärung – kann widerrufen werden²⁰⁶. Dabei wird der Schuldner wieder in den Stand vor der Konkurs-eröffnung eingesetzt. Der Konkurswideruf bildet im Endeffekt²⁰⁷ eine Ausnahme vom Rückgründungsverbot^{208,209}.

Häufigkeit

Die Insolvenzerklärung ist im Vergleich zu andern Auflösungsgründen für 73 die AG weniger wichtig²¹⁰. Die GV beschliesst viel häufiger eine Auflösung nach OR 739 ff. Ferner liegt oft eine Überschuldung²¹¹ vor. (Bei dieser be-

203 Der Richter hat sich zu vergewissern, dass derjenige, welcher die Insolvenz der AG erklärt, die nötigen Nachweise erbringt und die Gesellschaft rechtsgültig verpflichten kann; vgl. SemJud 88 (1966) 509 f.

204 BGE 91 I 440 ff. (= Pr 55 Nr. 50); Pr 27 Nr. 153 (= SAG 11 (1938/39) 68 f. = Couchepin N 124); VPB 23 (1953) Nr. 43 (= ZBGR 37 (1956) 304 f.); VEB 2 (1928) Nr. 41 (= ZBJV 64 (1928) 374 ff.); SJZ 23 (1926/27) 48 f. Nr. 8; ZBGR 31 (1950) 236 Ziff. 4.

205 Vgl. dazu die Übersichten in BGE 91 I 443 (= Pr 55 Nr. 50) und bei Bürgi Art. 736 N 19 letzter Abs. Siehe auch P. Stachelin, BJM 1973, 217 ff.; W. v. Steiger, ZBJV 113 (1977) 251.

206 SchKG 195; vgl. auch OR 939 II.

207 Der Konkurswideruf ist nicht eine eigentliche Ausnahme vom Rückgründungsverbot, sondern hat lediglich die Wirkung einer solchen Ausnahme. Denn nicht die AG, sondern das Gericht widerruft den Konkurs, selbst wenn die GV oder die Verwaltung auf diesen Konkurswideruf hingewirkt hat, indem sie die Gläubiger zum Rückzug der Konkurseingabe oder zur Annahme eines Nachlassvertrages bewogen hat. Der Sachverhalt ist mit dem aufgrund von OR 706 erfolgreich angefochtenen Auflösungsbeschluss der GV vergleichbar. Auch hier vermag nicht ein Aktionär oder die Verwaltung den Auflösungsbeschluss der GV rückgängig zu machen. Das kann vielmehr nur der dazu veranlasste Richter.

208 Vgl. auch Bürgi Art. 736 N 20. A.M. Henze 134 ff.

209 Konsequenterweise ist es bei der Auffassung, der Auflösungsbeschluss sei unwiderruflich, der AG verwehrt, auf den Beschluss, sich zahlungsunfähig zu erklären, zurückzukommen. Sie kann demnach nicht mehr die abgegebene Insolvenzerklärung während einer bestimmten Zeit zurückziehen, wie das einer natürlichen Person noch möglich ist (vgl. auch Anm. 165).

210 Henze 32. R. Müller 29/30 für die Genossenschaft.

211 Hinten N 75 ff.

steht die Pflicht der Verwaltung²¹², den Richter zu benachrichtigen, damit er darüber befinden kann, ob der Konkurs zu eröffnen sei.)

Konkurseröffnungsort und Verfahren

- 74 Was für die AG im Verfahren und beim Konkursort von Bedeutung ist, wird hinten in § 7, insbes. N 17, behandelt.

H. Überschuldung²¹³

Inhaltsübersicht:

Begriff, N 75

Zweck, N 76

Abgrenzungen

- gegenüber der Unterbilanz, N 77
- gegenüber der Zahlungsunfähigkeit, N 78
- gegenüber der Insolvenzerklärung, N 79
- gegenüber der Zahlungseinstellung, N 80

Anwendbarkeit auf die AG, N 81

Materielle Voraussetzungen

- Überschuldung, N 82
- Berechnungsgrundlage, N 83 f.

212 Vgl. hinten N 95 ff.

213 Literaturauswahl: Amonn 288; Bachmann Art. 657, 704; Baumann 55 ff.; Beeler 200 ff.; ders., SJZ 47 (1951) 257 ff.; Blumenstein 605; Brand SJK 993 S. 5 f.; Brosset/Schmidt II 250 ff.; Bürgi Art. 662, 663 N 6, 725 N 1–3, 9 ff., 736 N 26; Curti, Aktiengesellschaft 185; ders., Handelsrecht 310 f.; Degiacomi 8 f.; Diethelm 12 f.; Duss 69 ff.; Favre 287 f.; Fellmann 61 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz § 29 N 30 ff.; Fritzsche II 33; Funk Art. 662 N 2, 725 N 2; Gentinetta § 8; Guhl/Merz/Kummer § 68 II 3 lit. d S. 671; Gutzwiller Einl. N 181 f., Art. 903, 911 N 18 f.; Henze 32 ff.; Herold, SJZ 30 (1933/34) 146 f.; Jaeger Art. 192, 287 N 5; Jaeger/Daeniker Art. 192; Janggen/Becker Art. 817 N 7 ff.; Kammertagung 1979, 214 ff.; Leemann 128 ff.; Locher 81 Ziff. 2; Marmy 9 f., 14 ff.; Metzler 6; R. Müller 30 ff.; v. Overbeck 156 Ziff. 2 lit. B; Pestalozzi, SAG 41 (1969) 1 ff.; Reichel Art. 192, 287 N 4; Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.2532 S. 178, Teil 3.4 Abschnitt 3.442; Schech 19 ff.; Schönle 191 f.; Schucany Art. 725 N 2 f.; F. v. Steiger 331; ders., Genossenschaftsrecht 142 f.; W. v. Steiger Art. 817 N 8 ff.; Steiner, SAG 12 (1939/40) 77 lit. g; Weidmann 19 f., 31 ff., 129; Weidmann/Gloor/Giroud 8; Werner 7 ff.; Hch. Zimmermann 21 ff., 244 ff.; ferner Schürer.

- Aktiven, N 85

- Passiven, N 86

Formelle Voraussetzungen

- Überschuldungsanzeige, N 87

- Hinterlegen der Bilanz, N 88

- Konkurseröffnungsort, N 89

- Kostenvorschuss, N 90

Legitimation

- Verwaltung

- Allgemeines, N 91

- Personenkreis, N 92

- Willensbildung, N 93

- Zusammenfassung, N 94

- Benachrichtigungspflicht

- Grundsätzliches, N 95

- Sonderfälle

- Sanierungsmöglichkeiten, N 96

- Nachlassstundungsgesuch, N 97

- Bürgschaften, Garantien, Patronatserklärungen, N 98

- Rangrücktritt, N 99

- Bedingter Schulderrlass, Besserungsscheinschuld, Gewinnstilgungsschuld, N 100

- Sonderbestimmungen des Bundesrates, N 101

- Zusammenfassung, N 102

- Beginn, N 103

- Ende, N 104

- Folgen bei Pflichtverletzung, N 105

- Direktion, N 106

- Generalversammlung, N 107

- Aktionäre, Aktionärsgruppen, N 108

- Kontrollstelle, N 109

- Liquidatoren, N 110

- Gläubiger, N 111

- Andere Dritte, N 112

- Zusammenfassung, N 113

Wirkungen der Überschuldungsanzeige, N 114

Verfahren, N 115

Zusammenfassung Konkurseröffnung auf eigenes Begehren, N 116

Begriff

- 75 Eine Überschuldung i.S.v. OR 725 liegt gemäss Abs. 3 dieses Artikels vor, "sobald die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind"²¹⁴. Dabei ist auf eine Bilanz zu Veräusserungswerten²¹⁵ abzustellen (OR 725 II)²¹⁶. Die Definition des Gesetzes ist knapp und klar. Wenn dennoch gelegentlich geäussert wird, eine Überschuldung bestehe darin, dass die Aktiven die Passiven nicht mehr decken²¹⁷, so ist das im Falle der AG ungenau. Auf der Passivseite einer Aktiengesellschaftsbilanz stehen auch Posten, welche keine Gläubigerforderungen darstellen²¹⁸ und darum bei der Überschuldungsfrage nicht berücksichtigt werden. Beispielsweise sind das Grundkapital²¹⁹, das Genussscheinkapital, die Reserven

214 Ebenso schon in aOR 657 II; desgleichen OR 903 II bzw. aOR 704 I. Weiter BGE 22 S. 1218; JdT 102 (1954) II 126 f.; SZBK I (1912) 323; Albisetti/Bodmer/Boemle/Gsell/Rutschi 577 Stichwort Überschuldung; Bachmann Art. 704 N 3; Baumann 56; Beeler, SJZ 47 (1951) 258; Boemle 33, 416; Brosset Schmidt II 253; Büchi 82 Ziff. 3.5; Bürgi Art. 662, 663 N 6, 725 N 9 Abs. 2, 736 N 26; Degiacomi 8; Duss 69; Favre 285; Ganahl 38; Gentinetta 43; Gutzwiller Art. 911 N 19; Helbling, Bewertungsprobleme 86 Ziff. 3.4.1.; Henze 34; Janggen Becker Art. 817 N 7; Käfer Art. 957 N 212; ders., Erfolgsrechnung 59; Kammertagung 1979, 221 Ziff. 4.1, 237 Ziff. 4.1; Leemann 129; Locher 81 Ziff. 2; Marmy 25; Meier-Hayoz/Forstmoser § 12 N 40; Metzler 6; R. Müller 32; Pestalozzi, SAG 41 (1969) 1; Schech 21; W. v. Steiger Art. 817 N 8; Weidmann 20; Weidmann, Gloor Giroud 8; Werner 9; F. Zimmermann Nr. 21 lit. f) bb); Heh, Zimmermann 21 Ziff. II 2; vgl. zum Begriff auch BGE 25 II 939 f., 22 S. 210 E 3, 19 S. 558 E 3. – Leemann bezeichnet die Überschuldung auch als Vermögensunzulänglichkeit oder Insuffizienz (S. 93).

215 Vgl. hinten N 83.

216 Oft wird auch von Überschuldung gesprochen, wenn in einer Bilanz zu *Fortführungswerten* die Aktiven die Gläubigerforderungen nicht mehr zu decken vermögen. Das ist jedoch keine Überschuldung im Sinne von OR 725.

217 Amonn 285 a.E., 288; Fellmann 78; Gentinetta 25 Ziff. II; Haab, ZSR 51 (1932) 298a; Hindermann 157; Jaeger Art. 287 N 5 Abs. 1; Leemann 93; Meier 141/42; Reichel Art. 192 N 1, 287 N 4; Schech 11; Werner 9; SemJud 92 (1970) 170; SOG 1976 Nr. 12 S. 24. Vgl. dagegen Boemle, der, wenn das Vermögen der Unternehmung infolge des Verlustes die Passiven nicht mehr voll deckt, von einer Unterbilanz spricht (S. 416).

218 Heh, Zimmermann bezeichnet auf S. 21 unten die Schulden als "eigentliche Passiven", Polliet 23 als "passif réel". Weidmann 11 unterscheidet in Passiven i.w.S. (Fremd- und Eigenkapital) sowie Passiven i.e.S. (Schulden). Schech 21 spricht bei den Schulden plus eigenen Mitteln (Kapital und Reserven) ebenfalls von Passiven i.w.S. Vgl. auch Blumer/Graf 14. Zum Begriff der Passiven siehe Käfer, Zukunftsrechnung 25 ff., insbes. 33; Weilenmann 49–87; ders., B+V 39 (1970) Nr. 463 S. 102 ff. und die in diesen Werken zit. Stellen; ferner Käfer Grundlagen N 2.37, Art. 958 N 304.

219 Aktionäre sind mit ihren Grundkapitalanteilen keine Gläubiger (vorn N 10); vgl. auch BGE 43 III 115 (= Pr 6 Nr. 72 = SZBK 8 (1918) 133 Nr. 71).

und der Gewinnvortrag keine Gesellschaftsschulden²²⁰. Gesellschaftsschulden und Passiven sind also nicht identisch²²¹ und dürfen deshalb einander nicht gleichgestellt werden. Für die Überschuldung sind einzig die Verpflichtungen der Gesellschaft Dritten gegenüber massgebend. Alle andern Grössen auf der Passivseite sind unerheblich.

Zweck

Der Gesetzgeber bezweckt mit dem Konkursgrund der Überschuldung in erster Linie, die Gesellschaftsgläubiger zu schützen²²². Im Gegensatz zu den natürlichen Personen, welche mit ihrem ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen eintreten, haftet eine AG nur beschränkt^{223,224} und geht zudem nach durchgeführtem Konkurs als juristische Person unter^{225,226}.

220 BGE 47 III 101 E 2 (= Pr 10 Nr. 143 = JdT 70 (1922) I 79 ff. = SZBK XII (1922) 57 Nr. 13); JdT 102 (1954) II 127 f.; SAG 25 (1952/53) 55; SemJud 30 (1908) 588; R. Bär, ZSR 85 (1966) II 421 Anm. 171; Bürgi Art. 725 N 10 letzter Abs.; Degiacomi 9; Funk Art. 662 N 2, 725 N 2 Abs. 1; Gentinetta 44; Graner 48; ders. SJK 821 S. 7; Henze 38; Marmy 25/26; Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.24 U S. 115; Schech 21; R. Schmid, SAG 30 (1957/58) 64/65; Schucany Art. 725 N 3; J. Schuhmacher 7; F. v. Steiger 231 Anm. 223a, 251, 331; Weidmann 19; Werner 12; Hch. Zimmermann 21/22. Vgl. auch OR 668 I; Bossard, Gliederung 85/86, 90; A. Weber 131 f.; ferner Fellmann 66, W. v. Steiger Art. 817 N 8 für die GmbH und BGE 27 II 88 ff. (= SemJud 23 (1901) 90 ff.) für die Genossenschaft.

221 Degiacomi 9; vgl. auch J. Schuhmacher 7 und vorn Anm. 218. Ferner Käfer Grundlagen N 2.37 a.E.

222 SAG 25 (1952/53) 55, 14 (1941/42) 65; SJZ 31 (1934/35) 138 Nr. 25; Amonn 288; Baumann 55; Brosset/Schmidt II 253/54; Bürgi Art. 725 N 2; Duss 49, 71; ders., SAG 44 (1972) 9; Favre 288; Fellmann 62; Funk Art. 725 N 2; Gentinetta 42, 45; Henze 33 a.E., 45/46; Kammertagung 1979, 215 Ziff. 1.3, 226 Ziff. 1.2; Leemann 130; Marmy 14; Meier 142; Pestalozzi, SAG 41 (1969) 6 Ziff. 14; W. v. Steiger Art. 817 N 1; Werner 9, 10 § 3; vgl. auch BGE 99 Ia 16 (= Pr 62 Nr. 120 = JdT 122 (1974) II 53 ff.); R. Müller 31. Nach Schönle liegt der Zweck ausschliesslich im Gläubigerschutz (S. 191).

223 SJZ 31 (1934/35) 139; Baumann 55; Bürgi Art. 725 N 2; Carry, ZSR 51 (1932) 458a; Duss 71; Favre 287 f.; Gentinetta 41 f.; Henze 33; Leemann 129; Meier 142; Siegwart Einl. N 335; Werner 9; vgl. auch Giroud 336; Marmy 14; R. Müller 31.

224 Duss spricht bei den Abs. 2–4 des Art. 725 OR vom Korrelat zur beschränkten Haftung der AG (SAG 44 (1972) 9).

225 Gentinetta 42; Henze 33 f.; R. Müller 31.

226 Dass die Überschuldung bei natürlichen Personen keinen Konkurseröffnungsgrund darstellt, wie es im gemeinen Recht noch der Fall war (Gentinetta 41; Leemann 93), hat auch ein praktisches Motiv. Es wäre äusserst schwierig, das Haftungssubstrat einer natürlichen Person zuverlässig feststellen und somit die Überschuldung aufzeigen zu können (Gentinetta 42; Henze 33; Leemann 94; vgl. auch Carry, ZSR 51 (1932) 451a f., 456a).

OR 725 III soll ebenso vermeiden, dass einzelne Gläubiger einer überschuldeten Gesellschaft vor den übrigen befriedigt und somit bevorzugt werden²²⁷. Ferner schützt diese Bestimmung nicht nur die Gläubiger, sondern auch die Allgemeinheit²²⁸. Jede Person könnte nämlich mit der überschuldeten Gesellschaft in Verbindung treten und dadurch Schaden erleiden. Diese Gefahr zu verhindern, ist ein öffentliches Anliegen. Bürgi²²⁹ und Pestalozzi²³⁰ vertreten die Ansicht, der Konkursgrund der Überschuldung liege ausserdem im Interesse der Gesellschaft. Nach Leemann²³¹ sind keine Rücksichten auf die Gesellschafter zu nehmen. Marmy²³² hingegen fasst die Pflicht zur Überschuldungsanzeige zudem als Schutz der Aktionäre, ja sogar der Arbeitnehmer auf.

Abgrenzungen

- 77 Obschon sowohl die Überschuldung als auch die **Unterbilanz** im gleichen Artikel (OR 725) behandelt werden und gewisse gemeinsame Züge aufweisen, sind diese Begriffe verschieden²³³ und klar auseinanderzuhalten^{234, 235}. Das Gesetz definiert die Unterbilanz nicht. OR 725 I ordnet an, bei anlässlich der letzten Jahresbilanz festgestellter, fehlender Deckung des halben Grundkapitals sei unverzüglich die Generalversammlung einzuberufen und zu informieren. OR 735 erlaubt zur Beseitigung einer durch Verlust entstandenen Unterbilanz ein vereinfachtes Kapitalherabsetzungsverfahren. Über den Begriff der Unterbilanz bei einer AG sind die Meinungen geteilt. Verschiedene Autoren²³⁶

227 BGE 43 III 115 (vollständig zit. in Anm. 219); Max XI (1966) Nr. 507 S. 527 (= BISchK 32 (1968) 94); SAG 14 (1941/42) 65; Bürgi Art. 725 N 2; Duss 71; Funk Art. 725 N 2; Kammertagung 1979, 215 Ziff. 1.3; Pestalozzi, SAG 41 (1969) 6 Ziff. 14.

228 SJZ 31 (1934/35) 139; Bürgi Art. 725 N 2; Duss 49, 71; Fellmann 62; Gentinetta 42; Henze 33 a.E.; Leemann 130; Marmy 14; Werner 9; vgl. auch BGF 99 Ia 16, 43 III 115 (vollständig zit. in Anm. 222 bzw. 219); SAG 25 (1952/53) 55; Kammertagung 1979, 215 Ziff. 1.3.

229 Bürgi Art. 725 N 2.

230 Pestalozzi, SAG 41 (1969) 6 Ziff. 14.

231 Leemann 129.

232 Marmy 14.

233 Vgl. Gentinetta 44.

234 Bürgi Art. 735 N 7; R. Müller 31; Schech 20; vgl. auch Brosset/Schmidt II 250 f.

235 OR 725 I (von den in Anm. 239 erwähnten Werken mit der Unterbilanz gleichgesetzt) und die Überschuldung unterscheiden sich im Zweck. Während diese primär die Gläubiger schützen will (vorn N 76), hat jener die Interessen der Aktionäre vor Augen (Bürgi Art. 725 N 1 Abs. 2; Duss 71; vgl. auch Brosset/Schmidt 253).

236 Albisetti/Bodmer/Boemle/Gsell/Rutschi 579 Stichwort Unterbilanz; Beeler 144 Anm. 63; ders., SJZ 47 (1951) 257; Bürgi Art. 662, 663 N 5; Degiacomi 8; Duss 68; Folliet 208 f.; Giroud 284; Weidmann 19; Hch. Zimmermann 22 (er spricht

verstehen darunter eine Bilanz, welche einen Verlust ausweist. (Einzelne unterscheiden weiter, ob der Verlust durch die Reserven gedeckt ist²³⁷ oder ob er diese übersteigt²³⁸.) Andere²³⁹ bezeichnen den Verlust, der zur Folge hat, dass mindestens die Hälfte des Aktienkapitals nicht mehr gedeckt ist, als Unterbilanz i.S.v. OR 725 I. Diese Differenzierungen sind wichtig für die Frage, wann eine Unterbilanz vorliegt, welche das Vorgehen nach OR 735 gestattet²⁴⁰. Für die Abgrenzung gegenüber der Überschuldung sind sie jedoch nicht bedeutend. Allen Auffassungen ist nämlich gemeinsam, dass die Aktivseite mit der *gesamten Passivseite* der Bilanz verglichen wird. (Nach herrschender Meinung²⁴¹ ist dabei das nominelle Aktienkapital und nicht das tatsächlich einbezahlte zu berücksichtigen.) Überdies verlangt OR 725 I, dass sich die Unterbilanz nach der *Jahresbilanz*, d.h. unter dem Gesichtspunkt des fortdauernden Betriebes, bemisst²⁴². Bei der Überschuldung hingegen werden die Aktiven den *Schulden*, also einem *Teil der Passivseite*, gegenübergestellt²⁴³, und zwar aufgrund einer *Bilanz zu Veräusserungswerten*²⁴⁴.

Zum Standpunkt, bei einer Überschuldung sei immer auch eine Unterbilanz gegeben, jedoch nicht unbedingt umgekehrt²⁴⁵, ist zu bedenken, dass OR 725 der Unterbilanz und der Überschuldung unterschiedliche Berech-

auch von Bilanzverlust oder bilanzmässigem Verlust); Zingg 11, 115 f. – Beeler weist darauf hin, dass manchmal der Verlustsaldo als “Unterbilanz” bezeichnet werde (S. 145 Anm. 63 a.E. und SJZ 47 (1951) 258).

237 Beeler, 144 Anm. 63 und SJZ 47 (1951) 257, spricht in diesem Fall von einer unechten Unterbilanz (ebenso Boemle 416), Bürgi von einer formellen (Art. 735 N 8), dito Zingg 115. Vgl. auch Blumer/Graf 184 f.; Bürgi Art. 671 N 38 f.

238 Nach Beeler, 144 Anm. 63, SJZ 47 (1951) 257, handelt es sich dabei um eine echte Unterbilanz. Gl.M. Bürgi Art. 735 N 7 und dort zit. Stellen; Duss 68. Bürgi Art. 735 N 8 nennt das auch eine materielle Unterbilanz.

239 v. Greyerz 20 Ziff. 3.21; Kammertagung 1979, 215 Ziff. 2.1; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.441 (vgl. hingegen die Textvariante in ST 45 (1971) 45); ebenso Bättig 92 Anm. 430; Schech 20. Dabei unterteilt das Revisionshandbuch den Kapitalverlust weiter in einen unechten (wenn die stillen Reserven den 50% des Aktienkapitals übersteigenden buchmässigen Verlust offensichtlich decken, Abschnitt 3.4412) und einen echten (Abschnitt 3.4411).

240 Vgl. dazu Bürgi Art. 735 N 8.

241 Bachmann Art. 657 N 2; Beeler 200 Ziff. 1; Bürgi Art. 725 N 4, 5 Abs. 2; Duss 68; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.441 (ebenso ST 45 (1971) 45); Schech 19 f.; Schucany Art. 725 N 1; Hch. Zimmermann 21; a.M. Funk Art. 725 N 1.

242 Vgl. auch Berweger 83 Ziff. 2.33321; Bürgi Art. 725 N 6 f.; Duss 68; v. Greyerz 21 Ziff. 3.21; Kammertagung 1979, 215 Ziff. 2.2, 22⁷ Ziff. 2.2; R. Müller 32; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.441 (= ST 45 (1971) 45).

243 Vgl. auch Ochsner 36 bei Anm. 40; Schech 21.

244 Vgl. hinten N 83 f.

245 Vgl. dazu Beeler 145 Anm. 63 und SJZ 47 (1951) 258; Duss 69; Schech 20, 21/22; Hch. Zimmermann 22. Ferner Ganahl 38 a.E.

nungsarten zugrunde legt. Jahresbilanz und Status sind m.E. nicht leicht miteinander zu vergleichen, sagen sie doch wegen ihrer verschiedenen Zwecke zweierlei aus²⁴⁶.

- 246 Es ist möglich, dass gewisse Aktivposten für den fortlaufenden Betrieb im Rahmen der gesetzlich zulässigen Bewertungsvorschriften einen ansehnlichen Wert darstellen, während ihr Erlos bei einer Konkursliquidation ausserst gering oder gar Null ist. (Zu derartigen Positionen zählen etwa Gründungskosten, nicht liberiertes Aktienkapital, welches wegen Zahlungsunfähigkeit des Aktionärs bzw. der Aktionäre überhaupt nicht oder nicht mehr vollumfänglich eingebracht werden kann, eigene Aktien, Halbfabrikate und immaterielle Werte – vgl. auch hinten N 85f, g.) In einem solchen Fall kann in der Bilanz zu Veräusserungswerten eine Überschuldung bestehen, währenddessen die Jahresbilanz keinen Verlust ausweist und somit keine Unterbilanz vorliegt. Das soll folgendes Beispiel veranschaulichen:

Jahresbilanz			
Diverse Aktiven	100'000.–	Schulden	200'000.–
Nicht einbezahltes Aktienkapital	80'000.–	Aktienkapital	100'000.–
Waren:		Gesetzliche Reserven	30'000.–
Rohmaterialien	10'000.–	Gewinnvortrag	20'000.–
Halbfabrikate	120'000.–		
Fertigfabrikate	40'000.–		
	<u>350'000.–</u>		<u>350'000.–</u>
Status			
Diverse Aktiven	100'000.–	Schulden	200'000.–
Einbringbares, nicht einbezahltes Aktienkapital	10'000.–		
Waren:			
Rohmaterialien	10'000.–		
Halbfabrikate	25'000.–		
Fertigfabrikate	40'000.–		
Ungedeckter Betrag	15'000.–		
	<u>200'000.–</u>		<u>200'000.–</u>

(Auch nach v. Greyerz 23 Ziff. 3.31 kann aus einem Status eine Überschuldung hervorgehen, während sich das bei einer Bilanz zu Fortführungswerten nicht ergibt.)

In der Praxis wird jedoch zumeist bei einer nach kaufmännischen Grundsätzen und den Gesetzesvorschriften erstellten, intakten Jahresbilanz kaum Anlass oder ein anderer Hinweis auf begründete Besorgnis einer Überschuldung bestehen und dementsprechend keine Liquidationsbilanz errichtet (vgl. auch hinten N 103d).

Die Überschuldung darf auch nicht mit der **Zahlungsunfähigkeit**²⁴⁷ gleichgesetzt werden^{248,249}. Im Falle der Insolvenz bleiben die fälligen Schulden ungeachtet der Vermögenslage²⁵⁰ infolge nicht nur vorübergehenden Mangels an Zahlungsmitteln unbeglichen. Bei der Überschuldung indessen vermögen die Aktiven (sämtliche und nicht nur die Zahlungsmittel) die Gläubigerforderungen (alle, sowohl die fälligen als auch die nicht fälligen²⁵¹) nicht mehr zu decken. Es handelt sich also um eine Vermögensunzulänglichkeit. Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung treten vielfach vereint auf. Beide sind aber voneinander unabhängig. Es kann sehr wohl das eine ohne das andere vor-

247 Zum Begriff der Zahlungsunfähigkeit vgl. vorn N 66.

248 ZBJV 40 (1904) 612 Nr. 58; ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 38 E 2; Amonn 285 a.E.; Baumann 49, 56; Brosset/Schmidt II 251/52; Bürgi Art. 725 N 9; Favre 285; Funk Art. 725 N 2 Abs. 1; Ganahl 37; Gentinetta 25, 43 lit. B; Giroud 285; Gutzwiller Art. 911 N 18; Jaeger Art. 287 N 5; Janggen/Becker Art. 817 N 7; Leemann 93 Ziff. 1, 96 Ziff. 3 (anders hingegen auf S. 129 Anm. 1); Meier 141 Ziff. II; Schech 22; F. v. Steiger, Genossenschaftsrecht 142; vgl. auch BGE 30 II 320 (= ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 41), 22 S. 210 Ad 2, 19 S. 558/59; SAG 29 (1956/57) 54; J.G. Egger 28. Hürlimann indessen verwechselt Insolvenz mit Insuffizienz (S. 75 ff.). Der Kassationshof des Bundesgerichtes hat es in BGE 104 IV 82/83 (in Pr 67 Nr. 144 nur unvollständig wiedergegeben) als richtig erachtet, die Zahlungsunfähigkeit im Sinne von StGB 167 bei einer AG nach den aktienrechtlichen Vorschriften zu bestimmen. Bei dieser Auffassung hat es aber unzutreffenderweise auf S. 83 Zahlungsunfähigkeit angenommen, "wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind". Das ist nämlich die Definition von OR 725 III für die Überschuldung! Wohl wegen dieser Verwechslung bezieht dieser Entscheid bei der Insolvenz auch Forderungen mit ein, "die erst in naher Zukunft fällig werden" (S. 83), obschon sich die Zahlungsunfähigkeit definitionsgemäss nur auf fällige Schulden bezieht (vorn N 66). Gemäss Bourquin, SemJud 102 (1980) 200 f. (= ST 54 (1980) H 5 S. 4), soll der Kassationshof des Bundesgerichtes in einem nicht veröffentlichten Entscheid vom 3. November 1978 i.S. X gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Genf (also ein halbes Jahr nach dem vorerwähnten Urteil) erstmals das Verhältnis zwischen Zahlungsunfähigkeit im Sinne von StGB 165/167 einerseits sowie Überschuldung im Sinne von OR 725/903 anderseits geprüft und dabei die beiden Begriffe als für das Strafrecht gleichwertig erklärt haben. Damit würde der Kassationshof nicht mehr auf die aktienrechtlichen Bestimmungen, sondern auf einen dem Strafrecht eigenen Begriff abstellen.

249 Vgl. auch die Trennung im DAktG 92 II und dazu Hefermehl § 92 N 13 f.; Mertens § 92 N 12 f.; Meyer-Landrut § 92 Anm. 6 f.

250 Gentinetta 25; Schech 22.

251 Jaeger Art. 287 N 5 Abs. 1; Metzler 6; vgl. auch vorn Anm. 248.

liegen²⁵². Überdies, wie schon früher bemerkt²⁵³, stellt die Zahlungsunfähigkeit allein keinen Konkursgrund dar. Dazu muss sie sich manifestieren, und zwar entweder durch eine Insolvenzerklärung oder durch eine Zahlungseinstellung.

- 79 Die **Insolvenzerklärung** ist der Ausdruck der Zahlungsunfähigkeit durch den Schuldner. Die Anzeige der Überschuldung geht ebenfalls vom Schuldner aus. Aufgrund dieser Gemeinsamkeit werden Überschuldungsanzeige und Insolvenzerklärung oft miteinander vermischt²⁵⁴. M.E. sollte man diese Be-

252 Amonn 286; Baumann 49/50; Bourquin, SemJud 102 (1980) 196 lit. d (= ST 54 (1980) H 5 S. 2/3); Bürgi Art. 725 N 9; Carry, ZSR 51 (1932) 452a lit. b; Funk Art. 725 N 2 Abs. 1; Gentinetta 26, 45; Gutzwiller Art. 911 N 18; Haab, ZSR 51 (1932) 299a; Henze 34; Leemann 96 Ziff. 3; R. Müller 30; Schech 23; F. v. Steiger 331; ders., Genossenschaftsrecht 142; Weidmann, Gloor/Giroud 8; Werner 9/10; ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 38 E 2. Die Zahlungsunfähigkeit allein lässt auch keine Pflicht zur Überschuldungsanzeige entstehen (BGF 30 II 320; Bachmann Art. 704 N 4; W. v. Steiger Art. 817 N 8).

253 Vorn N 57 und 67; vgl. auch Henze 33.

254 So beispielsweise BGE 34 II 31 E 5; Max X (1953) Nr. 223 (= ZBJV 90 (1954) 48); SJZ 37 (1940/41) 317 Nr. 61, 36 (1939/40) 349 Nr. 239, 31 (1934/35) 138 Nr. 25; ZR 64 (1965) Nr. 171, 41 (1942) Nr. 48; Curti, Aktiengesellschaft 163 Ziff. VI; Gutzwiller Art. 903 N 13; Hofer 50; Jaeger Art. 192 N 2; J. Kaufmann Art. 393 N 30a; Leemann 129 f., 133/34; Marmy 25; Reichel Art. 192 N 1. Das wird auch vom französischen und italienischen Gesetzestext von OR 725 herühren:

“d. Avis obligatoire en cas de diminution du capital et d’insolvabilité

...

S’il existe des raisons sérieuses d’admettre que la société n’est plus solvable, un bilan intermédiaire est dressé, où les biens sont portés pour leur valeur vénal.

Dès que l’actif ne couvre plus les dettes, l’administration est tenue d’en informer le juge.

...

“d. Avviso obbligatorio in caso di perdita di capitale sociale e di insolvenza

...

Se esiste fondato timore che la società sia insolvente, deve essere allestito un bilancio intermedio, nel quale i beni vanno iscritti per il loro valore venale.

Se l’attivo non è più sufficiente a coprire i debiti della società, l’amministrazione deve darne notizia al giudice.

...

(“d. Anzeigepflicht bei Kapitalverlust und bei Überschuldung

...

Wenn begründete Besorgnis einer Überschuldung besteht, so ist auf Grund der Veräusserungswerte eine Zwischenbilanz zu errichten.

Sobald die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind, hat die Verwaltung den Richter zu benachrichtigen.

...”)

(Vgl. auch die Gesetzestexte von SchKG 287 I: insolvable, in stato d’insolvenza, überschuldet.)

griffe scharf voneinander unterscheiden. Das ist insbesondere für den weiteren Verlauf im Anschluss an diese Handlungen wichtig, hat doch der Richter bei der Überschuldung – im Gegensatz zur Zahlungsunfähigkeit – deren Vorhandensein zu prüfen²⁵⁵. Ausserdem ist die Insolvenzerklärung ein freiwilliger Konkursgrund²⁵⁶, während bei der Überschuldung eine Anzeigepflicht besteht²⁵⁷. Die Insolvenzerklärung gibt die Zahlungsunfähigkeit kund. Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit haben, wie vorher dargelegt²⁵⁸, miteinander nichts zu tun. Jedes kann ohne das andere auftreten. Deshalb ist auch die Manifestation der Zahlungsunfähigkeit von der Anzeige der Über-

Mit Marmy gehe ich nicht einig, wenn er die Ansicht vertritt, dass die verschiedenen Gesetzestexte miteinander übereinstimmen (S. 25). Es ist Favre beizupflichten, der sagt: "Un débiteur est insolvable lorsqu'il ne dispose pas de moyens liquides suffisants pour acquitter ses dettes exigibles. L'insolvabilité ne doit pas être confondue avec l'insuffisance d'actif (Überschuldung), cette situation d'un débiteur dont l'actif ne couvre plus les dettes ..." (S. 285). Ebenso Werner, der sich auf S. 13 zu OR 725 wie folgt äussert: "On sait qu'il faut ici entendre par insolvabilité l'insuffisance d'actif." Oder Patry, précis II 172: "Si la société ne paraît plus solvable (ou plutôt si elle est surendettée) ..." Brosset/Schmidt sprechen von einer "société obérée" (II 251 oben, 252 oben, 253 lit. c) oder "endettée" (II 253 lit. c). A. Hirsch benützt die Ausdrücke "société surendettée" sowie "surendettement" (z.B. auf S. 32). Ebenfalls Bourquin, ST 53 (1979) H 1 S. 2. Vgl. zur Terminologie auch die Bedenken von Carry, ZSR 51 (1932) 450a Anm. 133. Der französische und der italienische Text verstehen nach meinem Dafürhalten unter "solvable" bzw. "insolvente" in OR 725 etwas anderes als in SchKG 191 (vgl. zur Insolvenz im Sinne von SchKG 191 vorn N 66, ferner Anm. 248). Bei den unterschiedlichen Bedeutungen scheinen mir deshalb die differenzierenden Bezeichnungen in der deutschen Fassung dieser Artikel als vorteilhafter. Sie geben zu weniger Missverständnissen Anlass. (Vgl. auch BGE 25 II 939/40, allerdings unter dem alten Recht; ferner Kammertagung 1979, 214 a.E., 230 Ziff. 3.1. Nach Käfer Art. 957 N 212 sind der französische und der italienische Text ungenau. Aus dem Blickwinkel von SchKG 287 I vgl. auch BGE 23 II 1203 E 3; Brand SJK 742 S. 5 lit. B Ziff. 1 mit Hinweisen.) In diesem Zusammenhang sei nebenbei auf die klare Trennung im DAktG 92 II (vgl. dazu Hefermehl § 92 N 13 f.) und im OeAktG 83 II hingewiesen.

Nach der Niederschrift dieses Paragraphen hat Bourquin einen Aufsatz veröffentlicht, in dem er sich mit diesem Problem eingehend befasst (SemJud 102 (1980) 193 ff. = ST 54 (1980) H 5 S. 2 ff.). Er weist darauf hin, dass man in der Sprache der Juristen und der Bücherexperten "Überschuldung" mit "surendettement", einem den französischen Wörterbüchern unbekannten Ausdruck, zu übersetzen pflege (S. 194 bzw. S. 2). Aus seinen weiteren Ausführungen schliesst er, dass die französische Version von OR 725 II wie folgt zu interpretieren sei: "S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que l'actif de la société ne couvre plus ses dettes, un bilan intérimaire est dressé, où les biens sont portés pour leur valeur vénale" (S. 202 a.E. bzw. S. 4 a.E.).

255 Für die Zahlungsunfähigkeit vorn N 69, insbes. Anm. 168, für die Überschuldung hinten N 83; vgl. auch Diethelm 12.

256 Vorn N 69 a.E. und 71 bei Anm. 183.

257 Hinten N 95, 110.

258 N 78.

schuldung verschieden²⁵⁹. Zudem liegt der Insolvenzerklärung ein anderer Zweck als der Überschuldungsanzeige zugrunde²⁶⁰.

- 80 Eine andere Art, die Zahlungsunfähigkeit auszudrücken, ist die **Zahlungseinstellung**²⁶¹. Sie ist ebenfalls nicht mit der Überschuldung bzw. deren Anzeige zu verwechseln²⁶². Da Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung nicht das gleiche bedeuten²⁶³, dürfen auch nicht deren Ausdrucksweisen einander gleichgesetzt werden²⁶⁴.

Anwendbarkeit auf die AG

- 81 Der Konkursgrund der Überschuldung ist vom Gesetz für die AG, die Kommandit-AG, die GmbH und die Genossenschaft vorgesehen²⁶⁵. Seine Anwendbarkeit auf die AG versteht sich deshalb von selbst. Das schliesst jedoch nicht aus, dass der Konkurs über eine AG auch aus anderen Gründen eröffnet werden kann²⁶⁶.

Materielle Voraussetzungen

- 82 Die Konkurseröffnung im Falle von SchKG 192 setzt voraus, dass eine **Überschuldung** tatsächlich besteht²⁶⁷. Im Gegensatz zur Insolvenzerklä-

259 Vgl. auch Bachmann Art. 657 N 3.

260 Zum Zweck der Insolvenzerklärung vgl. anstelle vieler Baumann 41 ff., zu demjenigen der Überschuldung vorn N 76.

261 Begriff vorn N 57, Abgrenzung gegenüber der Insolvenzerklärung vorn N 67.

262 Vgl. BGF 30 II 320 (= ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 41), Bachmann Art. 657 N 3; Carry, ZSR 51 (1932) 455a; Fritzsche II 280; Jaeger Art. 287 N 5 Abs. 1; Janggen/Becker Art. 817 N 7; R. Müller 30.

263 Siehe vorn N 78.

264 Vgl. zu den verschiedenen Abgrenzungen Werner 8–10.

265 OR 725 III, 764 II, 817 I, 903 II i.V.m. SchKG 192. Vgl. auch SchKG 316m, 316s II und 317o.

266 Baumann 55; Leemann 130; Jaeger Art. 192 N 2 letzter Abs.; Reichel Art. 192 N 2; Schech 22; Werner 7 f.; SJZ 5 (1908/09) 148 Nr. 228; vgl. auch F. v. Steiger 331; hingegen Metzler 6.

267 Vgl. Max XI (1966) Nr. 507 S. 527 F I a.F. (= BLSchK 32 (1968) 94); Baumann 56 bei Anm. 3, 85 lit. b; Bürgi Art. 725 N 16, 736 N 26; Gentinetta 65; Henze 50; Leemann 134; Marmy 25; Schech 19; Werner 12/13. Nach Beeler, SJZ 47 (1951) 259, muss die Überschuldung wirklich, d.h. wirtschaftlich und nicht nur buchmässig vorliegen. Vgl. auch Anm. 268.

rung²⁶⁸ muss dies der Richter materiell überprüfen^{269,270}. Dazu bedarf er notwendigerweise der Bilanz, welche ihm die AG vorzulegen hat²⁷¹.

Es stellt sich nun die Frage, auf welcher **Berechnungsgrundlage** diese 83 Bilanz zu beruhen hat. Früher war das umstritten. Im Vordergrund des Meinungsspektrums standen die Jahresbilanz bzw. die Erfolgsermittlungsbilanz und die Liquidationsbilanz²⁷². Das heutige Recht hat die Lage geklärt, indem es eine Bilanz²⁷³ zu Veräusserungswerten verlangt²⁷⁴. Dieser Lösung ist

268 Vorn N 69, insbes. Anm. 168.

269 Max XI (1966) Nr. 507 S. 527 E 1 a.E. (= BISchK 32 (1968) 94); Leemann 134; R. Müller 34. Vgl. zur Kognition auch Blumenstein 605; Diethelm 12.

270 Wenn die Aktiven grösser sind als die Gesellschaftsschulden, muss der Richter die Konkurseröffnung ablehnen (JdT 102 (1954) II 126).

271 Vgl. Max XI (1966) Nr. 507 S. 527 E 1 a.E. (= BISchK 32 (1968) 94); Baumann 85 bei Anm. 6; Beeler 200 Ziff. 2; Bürgi Art. 725 N 16 Abs. 2; Herold, SJZ 30 (1933/34) 146; Janggen/Becker Art. 817 N 8; Marmy 21 f.; R. Müller 34; Patry 208 bei Anm. 66; Reichel Art. 192 N 1; Schech 16, 24/25; W. v. Steiger Art. 817 N 10; F. Zimmermann Nr. 21 lit. f) bb). Ferner BGE 99 II 288 E II/3 (= JdT 122 (1974) I 157 ff. = JdT 122 (1974) II 64 = SemJud 96 (1974) 385 ff. = ZBGR 56 (1975) 118 ff. = ZBJV 111 (1975) 89 f., vgl. auch ZWR 8 (1974) 52 ff.); Werner 28 Ziff. 5.

272 Vgl. BGE 37 II 510 f., 30 II 322 (= ZR 4 (1905) Nr. 29 ab S. 40); SemJud 30 (1908) 588; SZBK III (1914) 212; ZBJV 40 (1904) 613 Nr. 58; Bachmann Art. 704 N 3 S. 276; Bürgi Art. 725 N 10 Abs. 1; Gentinetta 44 f.; Henze 35 f.; Herold, SJZ 30 (1933/34) 146 f.; Marmy 24/25; R. Müller 34; Schech 22 bei Anm. 38, 24 f., 70; Weyermann 153/54; Hch. Zimmermann 21, 244. Zu den Revisionsbestrebungen siehe Siegwart, ZSR 45 (1926) 284a und H. Zimmermann, ZSR 45 (1926) 110a ff.

273 Zum Begriff der Bilanz vgl. etwa Blumer/Graf 13 f.; Eberle 5; Käfer Grundlagen N 2.35, Art. 958 N 253, 258 ff.; Küng 45 ff.; A. Weber 22.

274 OR 725 II sowie OR 903 I und II für die Genossenschaft. Vgl. auch Botsch, BBl 1928 I 256; weiter Baumann 56 bei Anm. 5; Beeler 54; ders., SJZ 47 (1951) 258/59; Blumer/Graf 185 lit. d; Bürgi Art. 725 N 10 Abs. 1; Carry SJK 803 S. 7; Degiacomi 64/65; Duss 69; Fellmann 64; Funk Art. 725 N 2 Abs. 2; Giroud 287; Graner, Kontrolle 84 a.E.; v. Greyerz 25 Ziff. 3.51; Guhl SJK 399 Ersatzkarte S. 4; Guhl/Merz/Kummer § 68 II 3 lit. d S. 671; His Art. 958 N 37; Hofer 50; Janggen/Becker Art. 817 N 8; Käfer Art. 958 N 601 a.E.; Kammertagung 1979, 220 Ziff. 3.4, 234 Ziff. 3.4; Leu 18 Ziff. II./5.; ders. SJK 335 Ersatzkarte S. 6; Marmy 23 lit. B, 24; Ochsner 36; Reichmuth 7; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.442 (= ST 45 (1971) 46/47); W. v. Steiger Art. 817 N 8; Weidmann 129 mit einer Bemerkung. Für die Genossenschaft: Gutzwiller Einl. N 182, Art. 903 N 9; R. Müller 34; F. v. Steiger, Genossenschaftsrecht 142 a.E. Gemäss Bossard, ST 50 (1976) H 9 S. 6 Ziff. 10 (= ST 51 (1977) H 2 S. 18 ff.), beurteilt sich die Überschuldung wohl nach einer Bilanz zu Veräusserungswerten, jedoch sei dies nicht ausdrücklich im Gesetz festgehalten (ebenso Berweger 84 Ziff. 2.33322). Für Diethelm 12 besteht die Pflicht zur Überschuldungsanzeige entweder aufgrund der Liquidationsbilanz oder der ordentlichen Jahresbilanz; ebenso Marmy 24 Anm. 5. Entgegen seinen Äusserungen in den vorhin zit. Stellen ist Gutzwiller in Art. 911 N 19 der Ansicht, dass die Zwischenbilanz, welche die Sachwerte des arbeitenden Unternehmens verbuchen darf, als Basis für die Überschuldung zu dienen habe.

Kritik erwachsen²⁷⁵. Der sei entgegengehalten, dass es schwierig ist, ein geeignetes Kriterium zu finden, um eine Überschuldung einwandfrei feststellen zu können. Jede Bilanz ist weitgehend Ermessenssache. Nur wenige Bilanzposten sind eindeutig erfassbar (z.B. Kassa, Postcheck); viele müssen geschätzt werden und stellen somit nur Annäherungswerte dar²⁷⁶. Nach meinem Dafürhalten gibt es keinen festen Massstab für die Überschuldung. Vielmehr sind es verschiedene Umstände, welche auf die Beschaffenheit einer AG hinweisen. Dass bei der Überschuldungsfrage nicht alle Anliegen vollumfänglich berücksichtigt werden können, sondern dass abzuwägen ist, versteht sich von selbst. Solange aber OR 725 in erster Linie die Gläubiger schützen will²⁷⁷, ist m.E. auch von der Liquidationsbilanz auszugehen²⁷⁸. Ungeachtet der zum Teil unbefriedigenden Ergebnisse, welche die heutige Lösung zeigen kann, erlaubt erst ein Wandel im Zweck, d.h. wenn andere Interessen vermehrt zum Zuge kommen sollen, von der bestehenden Berechnungsart abzuweichen.

84 Eine Bilanz zu Veräusserungswerten (auch Liquidations-, Verkaufs-, Veräusserungs-, Vermögensermittlungs-, Überschuldungsbilanz oder Status ge-

275 Vgl. Bossard, ST 50 (1976) H 9 S. 6 f. (= ST 51 (1977) H 2 S. 18 ff.) mit Hinweisen auf vorgesehene Neuerungen; Degiacomi 65 und dort zit. Autoren; Druey, ST 52 (1978) H 12 S. 31 (= NZZ Nr. 258 vom 6. November 1978 S. 9); Giroud 287; Helbling, Bewertungsprobleme 86/87. Ferner Vorentwurf der Eidg. Justizabteilung vom September 1975 zur Teilrevision des Aktienrechts Art. 730d und verschiedene Stellungnahmen dazu in Teilrevision 83 ff. (franz. 196 ff.), 95, 104, 116 sowie Mengiardi 135 f.; ders., SHZ Nr. 42 vom 14. Oktober 1976 S. 13 (Separatdruck S. 3); Vischer/Rapp 169 Ziff. 5 lit. b; weiter A. Hirsch, ZSR 85 (1966) II 82; Schaub, ST 47 (1973) 164 f.

276 Vgl. auch Beeler, SJZ 48 (1952) 217, Degiacomi 64 lit. c. Ferner Battig 94 Ziff. 317; Boemle 461 bei Anm. 3; Weyermann 123. Küng 60 spricht bei der Liquidationsbilanz von einem "Vorschlag für den voraus zu erzielenden Erlös". Nach Helbling, Status 552 Sp. 1 Ziff. 2 a.E. sind die Liquidationswerte im Vergleich zu den Fortführungswerten in der Regel schwieriger zu schätzen. Giroud empfiehlt, branchenkundige Experten beizuziehen, um die Liquidationswerte festzustellen (S. 335, 338). Betriebswirtschaftliche Überlegungen – allerdings aus deutscher Sicht – bei Schürer 56 ff.

277 Vorn N 76.

278 Die Gläubiger sind nach meiner Ansicht nur dann optimal geschützt, wenn sie für ihre Forderungen einen für sie äquivalenten Gegenwert erhalten. Im schuldnerischen Konkurs müssen sie sich an den Veräusserungserlös der Aktiven halten. Deshalb scheint es mir angebracht, bei der Überschuldungsfrage auf eine Bilanz zu Veräusserungswerten abzustellen; ein aus Gläubigersicht sinnvoller Weg. Jede Lösung, welche sie nicht vollumfänglich schützt, lässt die Gläubiger unternehmerische Risiken tragen. Dabei könnten sie, falls sich der Erfolg nicht einstellt und der Untergang der schuldnerischen AG nicht mehr aufzuhalten ist, noch grössere Verluste erleiden, ja vielleicht sogar selbst ins Verderben gerissen werden. (Solche Kettenreaktionen zeigten sich beispielsweise während der Rezession der siebziger Jahre.)

nannt²⁷⁹) zeigt, was eine AG hat, wenn sämtliche Vermögensstücke ver-
silbert und alle tatsächlichen Schulden bezahlt werden. Viele sprechen von
der Darstellung des wirklichen Vermögens, der wahren, objektiven oder effek-
tiven Werte einer AG^{280,281}. Der leitende Gedanke bei der Bewertung ist
nicht der Fortgang der AG, sondern deren Liquidation²⁸². Im folgenden
wollen wir uns den beiden sich gegenüberstehenden Grössen, den Aktiven
und den Gesellschaftsschulden, zuwenden²⁸³.

Die Problematik einer Bilanz zu Veräusserungswerten tritt v.a. bei den **Aktiven**, welche geschätzt werden müssen, auf²⁸⁴. Wie heikel das manchmal
sein kann, zeigt das Beispiel von Wieland Schmid²⁸⁵: Bei der gerichtlichen
Abklärung einer Überschuldung gingen die Schätzungen der Sachverständigen
über den Verkehrswert der schuldnerischen Liegenschaft um rund drei Mil-
lionen Franken auseinander. Nach erfolgter Konkursöffnung überstiegen
einzelne Angebote den vom Gericht angenommenen Verkehrswert um mehr
als sechs Millionen Franken!

Eine Liquidationsbilanz soll die wahren, wirklichen Vermögenswerte einer
AG ausweisen²⁸⁶. Dazu sind sämtliche Aktiven zu ihren Veräusserungswerten

279 Diese Begriffe decken sich nicht immer. Sie werden in der Literatur zum Teil ver-
schieden aufgefasst und verwendet (sowohl einzeln als auch im Verhältnis zu-
einander). Wenn ich sie dennoch gleichsetze, liegt es daran, dass die Unterschiede
im Rahmen der Überschuldung bedeutungslos sind.

280 Bürgi Art. 725 N 10 Abs. 2; Fellmann 62 nach Anm. 2, 65 bei Anm. 5; Gentinetta
44; Henze 34 ff.; Leu 103/04 Ziff. VI; Weidmann/Gloor/Giroud 3 Ziff. 4; SZBK
III (1914) 212 E 2; vgl. auch Bürgi Art. 744 N 14; Giroud 333 a.E.; Godin/Wil-
helmi § 92 Anm. 10; Weidmann 37; Werner 11/12.

281 Vgl. auch Giroud/Dober 164 lit. aa), wonach der Prüfer die Bewertung der Ver-
waltung falls nötig nach seinen eigenen Wahrnehmungen abzuändern und auf OR
725 III aufmerksam zu machen hat, wenn zwar nicht der buchmässige, jedoch der
wertmässige Verlustvortrag die eigenen Mittel überschreitet. Ähnlich ZR 75 (1976)
Nr. 21 S. 71 E 11 (vollständig zit. in Anm. 474).

282 Siehe Baumann 56/57; Bürgi Art. 725 N 10 Abs. 2; Duss 69; His Art. 958 N 32,
960 N 14 a.E.; Küng 60 a.E. Ferner v. Greyerz 23/24 Ziff. 3.41; Helbling 115;
W. v. Steiger Art. 823 N 21; Weyermann 148. Die Bewertungsvorschriften des OR
zur Jahresbilanz gelten nicht bei der Liquidationsbilanz, vgl. dazu Blumer/Graf 187
lit. d; Giroud 334 f.; Helbling, Status 551 Sp. 1/2; Weidmann 32; ferner Bürgi Art.
744 N 15; Janggen/Becker Art. 823 N 12; Schech 22. Die Bewertung bei einer
Bilanz zu Veräusserungswerten ergibt sich aus der "Natur der Sache" (Küng 60,
ebenfalls Janggen/Becker Art. 817 N 8). Sie ist vom Gesetz nicht geregelt
(Bruppacher 22 Anm. 5).

283 Zum Zeitpunkt, wann zu Liquidationswerten zu bilanzieren ist, vgl. hinten N 103.

284 Siehe auch Beeler 202. Zu den allgemeinen Schwierigkeiten bei Schätzungen vgl.
vorn N 83 und Anm. 276.

285 Wieland Schmid, SJZ 60 (1964) 166.

286 Vorn N 84 und Anm. 280.

einzusetzen²⁸⁷. Der Veräusserungswert bzw. Verkaufs-, Liquidations- oder Versilberungswert ist der Preis, welchen die Gesellschaft im Veräusserungsfall erhält, und nicht derjenige, den sie zu erzielen hofft²⁸⁸. Man hat die möglichst objektiven Werte zu ermitteln. Subjektive Momente sind ausser acht zu lassen²⁸⁹. — Im Gegensatz zu dem im Schweizer Treuhänder erschienenen Beitrag für das Revisionshandbuch²⁹⁰ versteht das letztgenannte Werk²⁹¹ unter den Veräusserungswerten die Liquidationswerte abzüglich der Liquidationskosten und -steuern. Dem kann ich nicht beipflichten. M.E. sind diese Faktoren bei der Überschuldungsfrage nicht zu berücksichtigen²⁹². Bei ihr wird nämlich nicht ermittelt, was die Gläubiger erhalten, sondern ob deren Forderungen durch die Veräusserungswerte der Aktiven gedeckt sind, was nicht identisch sein muss. Liquidationskosten und -steuern bilden im Zeitpunkt der Abklärung, ob eine Insuffizienz vorliege oder nicht, keine Schulden. Zu solchen werden sie erst infolge der Konkurseröffnung, und zwar zu Lasten der Konkursmasse²⁹³. Die Liquidationskosten und -steuern einzubeziehen, ist angebracht, um die Liquidationsanteile zu berechnen, nicht jedoch, um zu prüfen, wie weit die vorhandenen Aktiven die bestehenden Schulden überragen. Beispielsweise könnten die Aktiven die Gläubigerforderungen gerade noch decken oder sogar ein wenig übersteigen, jedoch nicht mehr für die zum Teil recht hohen Liquidationskosten und -steuern ausreichen. Falls diese Grössen bei der Überschuldung zu berücksichtigen wären, müsste nun der Richter benachrichtigt werden, obwohl ohne die erst mit der Durchführung entstehenden und somit noch unnötigen Auslagen den Gläubigerforderungen genügend Aktiven gegenüberstehen. M.a.W. wenn man in diesem Beispiel die Überschuldungsanzeige unterlässt, sind die Schulden gedeckt; es besteht gar keine Überschuldung und somit kein Grund, etwas zu melden. Bei Bekannt-

287 Beeler 58 lit. cc), 202; Bürgi Art. 725 N 10 Abs. 3; Funk Art. 725 N 2; Graner, Kontrolle 84; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.442 S. 17 (= ST 45 (1971) 47); F. v. Steiger 331; vgl. auch Kafer Art. 960 N 455; Küng 59; Weidmann 37. A.M. Henze 37 f.; Gentinetta 44 (beide noch unter dem alten Recht).

288 Fellmann 65; Henze 37. Ferner Weyermann 128. Vgl. zum Veräusserungswert auch Blumer/Graf 264 Ziff. 3; Helbling, Status 552 Sp. 1 Ziff. 2; Kammertagung 1979, 220 Ziff. 3.4; ferner Helbling, Bewertungsprobleme 81 ff. Für Ochsner 36/37 ist der genaue Sinn des Begriffes unklar.

289 BGE 37 II 510 (= SZBK III (1914) 212 Ziff. 2).

290 ST 45 (1971) 46 Ziff. 2.

291 Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.442 S. 17, ebenso Teil 2.2 Abschnitt 2.232 S. 18. Vgl. auch Helbling, Status 552 Sp. 1 Ziff. 2; ferner ders., Bewertungsprobleme 83/84.

292 Vgl. auch Mertens § 92 N 13.

293 Das gilt analog für die Kosten im Falle eines Konkursaufschubes, welche m.E. keine Liquidations-, sondern Sanierungskosten oder zumindest Kosten für einen Sanierungsversuch sind.

gabe der Insuffizienz hingegen vermögen die Aktiven in Anbetracht der zu erwartenden Kosten die Gläubigerforderungen nicht mehr voll auszugleichen. Es rechtfertigt sich also, die Bilanz zu deponieren. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend und entspricht wohl auch nicht der Absicht des Gesetzgebers. — d Für die Berechnung des Veräusserungswertes fällt weiter der Zeitpunkt, zu dem verkauft werden soll, ins Gewicht²⁹⁴. Es stellt sich dabei die Frage, ob der momentane bzw. Tageswert²⁹⁵ oder der Wert bei langsamer Liquidation²⁹⁶ heranzuziehen ist^{297,298}. Nach meinem Dafürhalten soll man auf den Wert abstellen, den man, gestützt auf bisherige Erfahrungen und in Kenntnis der Übung, bei normalen Umständen realistisch gesehen zur Zeit zu erzielen pflegt, ohne die Verkaufsgegenstände unnötig zu verschleudern. Der Veräusserungswert ist also der Preis, den man im Augenblick der Bewertung bei einem Verkauf nach der allgemeinen Erfahrung und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge unter Berücksichtigung der Branchenverhältnisse und -gebräuche üblicherweise lösen würde.

Die Aktiven in der Bilanz zu Veräusserungswerten einzusetzen, erlaubt e keine Unterbewertungen²⁹⁹. Stille Reserven sind zu berücksichtigen³⁰⁰. Ferner enthält der Status allfällige Buchgewinne und -verluste³⁰¹.

294 Für Küng 60 hat der Konkurs als "Mussveräusserung" in den Bewertungsansätzen zum Ausdruck zu kommen.

295 Blumer/Graf 264 Ziff. 3; Duss 69, 87 Ziff. 2; Fellmann 65; Janggen/Becker Art. 817 N 9; Weidmann/Gloor/Giroud 3 Ziff. 4; vgl. auch Beeler 56; Bürgi Art. 744 N 15; Helbling 116.

296 Graner, Kontrolle 85; vgl. auch J.G. Egger 18; Ochsner 37.

297 W. v. Steiger Art. 823 N 21 stellt bei einer Liquidation nach OR 823 bzw. 739 ff., wenn verschiedene Verwertungsmöglichkeiten offenstehen, im Interesse des Gläubigerschutzes auf die am wenigsten günstigste ab.

298 Die Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Anlagefonds vom 20. Januar 1967 (SR 951.311) vermittelt in Art. 4 Abs. 3 und spricht vom "Preis, der bei sorgfältigem Verkauf der Sache oder des Rechts im Zeitpunkt der Schätzung wahrscheinlich erzielt würde". Vgl. auch Hunziker 46 a.E.; ferner Kammertagung 1979, 220 Ziff. 3.4, 235 Ziff. 3.6. Ähnlich VNB 3 II: "Der Schätzung der Aktiven ... ist derjenige Wert zugrunde zu legen, der im Zeitpunkt der Inventaraufnahme bei einer den Umständen angemessenen, jede Verschleuderung vermeidenden Liquidation voraussichtlich erhältlich wäre."

299 Weidmann/Gloor/Giroud 3 Ziff. 4.

300 Beeler 55, 202; Bürgi Art. 725 N 10 Abs. 3; Fellmann 65; Giroud 334; Henze 37; Käfer Art. 960 N 455; Küng 59 a.E.; Marmy 25 Ziff. II; Ochsner 37 bei Anm. 44; Weidmann/Gloor/Giroud 3 Ziff. 4. Vgl. auch Boemle 461; Bürgi Art. 744 N 17; F. v. Steiger 343 Anm. 57a; Weyermann 120. Die wirklichen Reserven (offene und stille) verschwinden in der Liquidationsbilanz (Janggen/Becker Art. 817 N 9; vgl. auch Carry SJK 803 S. 7; Giroud 287; Weidmann 20).

301 Vgl. Bürgi Art. 725 N 10 Abs. 3; Ochsner 37 bei Anm. 44; ferner Weidmann/Gloor/Giroud 3 Ziff. 4.

- f Zu den Aktiven gehört alles, was Vermögenswert hat³⁰². Dazu zählen auch Positionen, welche in der Jahresbilanz nicht oder nur pro memoria erwähnt sind³⁰³. Fiktive Vermögenswerte hingegen haben in der Liquidationsbilanz keinen Platz³⁰⁴. Ausstehende Forderungen sind nicht zum Buchwert, sondern so hoch einzusetzen, wie sie eingebracht werden können (Bonität)³⁰⁵. Das gilt gleichsam für den nicht einbezahlten Teil des Grundkapitals³⁰⁶. Als Aktiven kommen ausserdem mögliche Schadenersatzforderungen gegen Organe oder Dritte in Betracht³⁰⁷. Eigene Aktien sind indessen grundsätzlich Nonvaleurs (ausgenommen davon sind die unliberierten Beträge kaduzierter Aktien, solange der Zeichner dafür gemäss OR 687 II belangt werden kann und zahlungsfähig ist)³⁰⁸. Bei den immateriellen Werten halte ich mit Bürgi³⁰⁹, dass diese nur bilanziert werden dürfen, wenn sie unabhängig vom Untergang der AG einen Veräusserungswert besitzen.
- g Weil die Aktiven in der Liquidationsbilanz losgelöst vom Betrieb und im Hinblick auf einen Verkauf betrachtet werden, sind deren Werte oft wesentlich tiefer als in der Jahresbilanz³¹⁰. Umgekehrt können sie einen hohen Veräusserungswert haben, so dass ein in der Jahresbilanz bestehender Verlust

302 Fellmann 65; vgl. auch M. Staehelin 117 f.; ferner Schürer 80 ff.

303 Fellmann 65/66; Gentinetta 44; Henze 38; Küng 59 a.E. Vgl. auch Beeler 55; Boemle 461; Bürgi Art. 744 N 15; Giroud 334.

304 Beeler 202; Funk Art. 725 N 2; Marmy 25 Ziff. II. Vgl. auch Boemle 461; Godin/Wilhelmi § 92 Anm. 10.

305 Henze 37. Vgl. auch Giroud 336; Küng 59.

306 Beeler 202; Funk Art. 725 N 2; R. Schmid, SAG 30 (1957/58) 58/59; vgl. auch JdT 102 (1954) II 127; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.441 S. 15 (= ST 45 (1971) 45). Ebenso Janggen/Becker Art. 817 N 9 für die GmbH.

307 Funk Art. 725 N 2; vgl. auch R. Schmid, SAG 30 (1957/58) 59.

308 R. Schmid, SAG 30 (1957/58) 58/59, 63; vgl. auch Meyer-Landrut § 92 Anm. 7. A.M. Godin/Wilhelmi § 92 Anm. 10; differenzierend Hefermehl § 92 N 18, Mertens § 92 N 16.

Ähnlich liegt der Fall, wenn bei zwei Gesellschaften jede sämtliche Aktien der andern hat, vgl. Aellig, SAG 20 (1947/48) 210 ff.

309 Bürgi Art. 725 N 10 Abs. 3; siehe ebenfalls Gentinetta 44; J. Schuhmacher 9; hingegen Beeler 42; Godin/Wilhelmi § 92 Anm. 10; Küng 59, 100 a.E.; Mertens § 92 N 16; Meyer-Landrut § 92 Anm. 7; Weidmann 37; H. Zimmermann, ZSR 45 (1926) 100a; ferner BGE 37 II 511 (= SZBK III (1914) 212 Ziff. 2). Vgl. auch M. Staehelin 117, 119; überdies Bürgi Art. 744 N 16; Funk Art. 743 N 1; Hefermehl § 92 N 18; Janggen/Becker Art. 823 N 12. Zur Zwangsverwertung von Immaterialgütern vgl. Troller, BJSchK 33 (1969) 37 ff.; ferner U. Müller.

310 Vgl. das Beispiel in SemJud 30 (1908) 588/89. Siehe ebenfalls Blumer/Graf 240 Ziff. 3; Helbling 84 lit. c; Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.232 S. 18; in diesem Sinne auch Bossard, ST 50 (1976) H 9 S. 6 Sp. 2/3 (= ST 51 (1977) H 2 S. 18 ff.); Weidmann 37. Je kleiner die Handelsmarge, desto kleiner ist gemäss Helbling, Bewertungsprobleme 81 Ziff. 3.2, der Unterschied zwischen den beiden Bilanzarten.

– unabhängig davon, ob er über die eigenen Mittel hinausgeht oder nicht – im Status überhaupt nicht oder nicht in der Höhe, welche zur Überschuldungsanzeige verpflichtet, erscheint³¹¹.

Auf der **Passivseite** wird sinngemäss wie bei den Aktiven bewertet³¹². Wie bereits festgehalten³¹³, sind für die Überschuldung einzig die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger³¹⁴ zu berücksichtigen. Alle andern Grössen der Passivseite bleiben unbeachtet. Es zählen nur die Verpflichtungen der AG gegenüber Dritten, und zwar die wahren, effektiven Schulden³¹⁵. Dabei ist es unerheblich, ob diese fällig sind oder nicht³¹⁶. Die Schulden sind in der augenblicklich bestehenden Höhe zu erfassen³¹⁷.

Unter dem Begriff “Reserven” werden oftmals Positionen aufgeführt, die eigentlich keine Reserven, sondern Schulden an Dritte sind. Deshalb muss man bei den Reserven unterscheiden: Kann die AG allein darüber verfügen oder haben Dritte Rechtsansprüche daran? Hier liegen Forderungen Dritter vor, welche anzuführen sind, dort hingegen sind es keine Gesellschaftsschulden, und die betreffenden Bilanzposten berühren die Überschuldungsfrage nicht³¹⁸.

In den Aktiven zu Veräusserungswerten und den wirklichen Schulden sind Berichtigungsposten, Rückstellungen usw. enthalten. Diese Faktoren entfallen bei der Liquidationsbilanz³¹⁹.

311 Vgl. die Beispiele von Beeler 201 und SJZ 47 (1951) 259. Siehe auch Blumer/Graf 185 a.E.; Ochsner 36 bei Anm. 41; M. Staehelin 119. Ferner Küng 60. A.M. Forstmoser/Meier-Hayoz § 29 N 31.

312 Fellmann 66; Henze 38.

313 Vorn N 75, insbes. Anm. 220.

314 Dazu zählen auch Personen, welche aufgrund eines besonderen Verhältnisses zur AG deren Gläubiger geworden sind (vorn N 11 ff.). Vgl. überdies Hefermehl § 92 N 19; Mertens § 92 N 17; Meyer-Landrut § 92 Anm. 7.

315 Fellmann 62, 66; Gentinetta 44; Henze 34 f., 38. Vgl. auch Boemle 461; ferner Hefermehl § 92 N 17; Mertens § 92 N 17 und allgemein Schürer 80 ff.

316 Fellmann 66; Henze 38; Metzler 6; das geht ebenfalls bei Brosset/Schmidt II 253 und bei Jaeger Art. 287 N 5 hervor. Vgl. auch Giroud 335. Ferner Mertens § 92 N 19.

317 Gentinetta 44; Henze 38.

318 Bürgi Art. 725 N 10 letzter Abs.; Fellmann 66; Henze 38 f. Zum Begriff “Reserven” siehe Eberle 98 ff. und die dort, insbes. in Anm. 3, angegebene Literatur; ferner Boemle 24; Folliet 310 ff. Zur Abgrenzung der Reserven vgl. Bossard 21; weiter Bürgi Art. 668 N 2 ff.; E. Frehner 26 ff.; Preisig §§ 2, 4, 6, 7, 11–13 und insbes. 21.

319 Bürgi Art. 725 N 10 Abs. 3; Fellmann 66; Henze 39. Vgl. auch Beeler 55, 58 lit. cc); Boemle 461; Bürgi Art. 744 N 17; Giroud 335. Entsprechend hat das BGer in ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 76 E. 3e a.E. (vollständig zit. in Anm. 474) festgehalten, dass die Notwendigkeit von Rückstellungen mit der Frage der Überschuldung nichts zu tun habe.

- d In der Regel ist es nicht besonders problematisch, die Gläubigerforderungen festzustellen. Schwierigkeiten zeigen sich jedoch, wenn die AG einzelne Schulden bestreitet oder wenn Eventualverpflichtungen bestehen³²⁰. Ein allgemeines Rezept für diese Positionen gibt es nicht. Man muss hier mit äusserster Vorsicht zu Werke gehen und die Lage möglichst realistisch beurteilen; ein heikles Unterfangen. Angesichts der Überlebensfrage für die Gesellschaft ist die Versuchung gross, diese Bilanzposten zu optimistisch zu beurteilen. Davor sei gewarnt. In solchen Fällen leisten vielfach Erfahrungswerte wichtige Hilfe³²¹.

Formelle Voraussetzungen

- 87a Zu den formellen Voraussetzungen der Konkursöffnung aufgrund von SchKG 192 gehört die **rechtmässige Benachrichtigung des Richters**^{322,323}. Dieser darf nicht von sich aus den Konkurs aussprechen oder die in OR 725 IV vorgesehenen Massnahmen anordnen, wenn er auf andere Weise als durch die gehörige Anzeige von der Überschuldung erfährt³²⁴. Er hat die Korrektheit der Überschuldungsanzeige³²⁵ zu prüfen³²⁶.
- b Die II. Zivilkammer des Zürcher Obergerichtes hat entschieden³²⁷, dass die Meldung in folgenden Fällen wieder zurückgezogen werden könne: a) solange sie beim Konkursrichter noch nicht eingegangen sei; b) nach Eingang beim Konkursrichter, aber noch vor der Konkursöffnung³²⁸, und c) nach der erstinstanzlichen Konkursöffnung grundsätzlich nicht mehr, jedoch aus-

320 Vgl. Degiacomi 64 lit. b.

321 Beispielsweise können bei allfälligen Ansprüchen aus Garantien die Zahlen der Vorjahre wertvolle Aufschlüsse geben.

322 Vgl. Marmy 16 ff.; Schech 16, 18. Zur Rechtsnatur der Anzeige vgl. auch JdT 125 (1977) II 108.

323 Gemäss der luzernischen Praxis ist der Richter durch ein Gesuch um Konkursaufschub genügend avisiert, weil dieses eine Überschuldungsanzeige in sich schliesse (Max X (1953) Nr. 223 = BISchK 19 (1955) 189 Nr. 79 = ZBJV 90 (1954) 48). Das stimmt gewiss nicht, wenn ein Gläubiger den Aufschub begehrt, denn dieser ist ja zur Überschuldungsanzeige nicht legitimiert (siehe hinten N 91, 111).

324 BGE 99 Ia 16 (= Pr 62 Nr. 120 = JdT 122 (1974) II 53 ff.); BGE vom 1. Juli 1942 (Omnium coopératif immobilier) in SemJud 65 (1943) 68 E 3 (= ZBGR 27 (1946) 106 E 3); JdT 125 (1977) II 108; SJZ 27 (1930/31) 55 Nr. 11; ZBJV 112 (1976) 540; Baumann 82 bei Anm. 4; Brand SJK 993 S. 5; Diethelm 13; vgl. auch SJZ 18 (1921/22) 95 Nr. 23. A.M. Max VIII (1931) Nr. 63 S. 88 a.E. (Genossenschaft).

325 Vgl. dazu hinten N 93 f.

326 JdT 125 (1977) II 108 a.E.

327 ZR 64 (1965) Nr. 171 S. 293 f.

328 A.M. BGE vom 15. Januar 1945 (Photosilk) in BISchK 9 (1945) 62 ff. und SAG 17 (1944/45) 126 ff.

nahmsweise, vorausgesetzt dass vorher ein vom Schuldner nicht verschuldetes oder ein entschuldbares Hindernis vorgelegen habe. Nach dem Kassationsgericht des Kantons Zürich³²⁹ ist der Rückzug nach bewilligtem Konkursaufschub jedenfalls dann unzulässig, wenn die Überschuldung während des Aufschubverfahrens nicht hat beseitigt werden können. Bürgi³³⁰ vertritt die Ansicht, eine Anzeige sei als Vorstellungsausserung nur richtig oder falsch. Deshalb könne man sie, solange eine Überschuldung andauere, nicht zurückziehen. Liege hingegen tatsächlich keine Überschuldung vor oder sei diese mittlerweile weggefallen, werde die Anzeige berichtigt und nicht zurückgezogen. Es scheint mir angebracht, unter der Bedingung, dass eine Gesellschaft wirklich überschuldet ist, die Anzeige bestehen zu lassen. Wenn man aus irgendwelchen Gründen eine gesetzliche Pflicht ordnungsgemäss erfüllt, kann man nicht mehr darauf zurückkommen. Falls keine Überschuldung vorliegt, darf der Richter den Konkurs nicht eröffnen³³¹. Ist der Konkurs indessen, ungeachtet ob zu Recht oder nicht, einmal eröffnet, greifen nach dem Bundesgericht³³² die Bestimmungen des SchKG Platz. Für OR 725 bleibt kein Raum mehr; diese Vorschrift regelt das Verfahren einzig bis zur Konkurseröffnung.

Wie bereits dargelegt³³³, ist mit der Überschuldungsanzeige die **Bilanz** 88 beim Richter zu **hinterlegen**. Deshalb hat sich auch der Begriff “die Bilanz deponieren” für die Benachrichtigung des Richters eingebürgert.

Die Überschuldung ist dem nach kantonalem Recht am Gesellschaftssitz 89 zuständigen Richter mitzuteilen³³⁴. Weiteres vgl. hinten § 7 N 17.

Gleichsam der Insolvenzerklärung³³⁵ kann das Konkursgericht ebenso an- 90 lässlich der Überschuldungsanzeige einen **Kostenvorschuss** verlangen. Umstritten ist, ob der Konkurs auch zu eröffnen sei, wenn der auferlegte Kostenvorschuss nicht erbracht wird oder gegebenenfalls die Konkurskosten nicht anderweitig sichergestellt sind³³⁶. Ich schliesse mich den Autoren an, welche die Konkurseröffnung nicht vom Kostenvorschuss abhängen lassen wollen. Die Verwaltung und allenfalls die Liquidatoren sind ja verpflichtet, bei einer

329 SJZ 31 (1934/35) 138 Nr. 25.

330 Bürgi Art. 725 N 15. Diesen Standpunkt hat ebenfalls Baumann übernommen (S. 93 Ziff. 3 und 81 bei Anm. 6). Vgl. auch die von diesen Autoren zit. Stellen.

331 JdT 102 (1954) II 126; vgl. auch vorn N 82.

332 BGE 99 Ia 15 E 3b (= Pr 62 Nr. 120 = JdT 122 (1974) II 53 ff.).

333 Vorn N 82 und Anm. 271.

334 W. v. Steiger Art. 817 N 10.

335 Siehe vorn N 70 bei Anm. 173.

336 Dafür: Baumann 97/98; Henze 51. Dagegen: SJZ 36 (1939/40) 349 Nr. 239; Brand SJK 993 S. 8; Jaeger Art. 192 N 2, 194 N 1; ferner Gentinetta 71.

Überschuldung den Richter zu verständigen³³⁷. (Das Gesetz will damit die Gläubiger, aber auch die Allgemeinheit, vor Schaden bewahren³³⁸. Dieser Schutz wäre nicht mehr gewährleistet, falls der Konkurs ohne den verlangten Kostenvorschuss nicht eröffnet würde.) Es kann m.E. nicht der Sinn von Verfahrensvorschriften sein, dem materiellen Recht zu wehren^{339,340}. Um alle Zweifel zu beseitigen, wäre es von Vorteil, bei einer Gesetzesrevision im Falle der Überschuldung auf einen Kostenvorschuss ausdrücklich zu verzichten.

Legitimation

- 91 Legitimiert zur Überschuldungsanzeige sind einzig die **Verwaltung**³⁴¹ und im Falle der Liquidation die Liquidatoren³⁴² (OR 725 III, 743 II). Sonst ist

337 Vgl. hinten N 95 bzw. 110.

338 Vorn N 76.

339 Ähnlich Max XI (1965) Nr. 436 für die Insolvenzerklärung. Im übrigen zum Kostenvorschuss bei der Insolvenzerklärung vgl. vorn N 70.

340 Nebenbei gefragt, falls der Konkurs bei fehlendem Vorschuss nicht zu eröffnen wäre: Haben die Verwaltung und unter den gegebenen Voraussetzungen die Liquidatoren dafür einzustehen, dass sie zwar ihrer Pflicht nachkommen wollen, jedoch vom Gericht daran gehindert werden? Oder genauer, kann man die zur Überschuldungsanzeige Verpflichteten für den Schaden belangen, welcher nach der infolge mangelnden Kostenvorschusses nicht stattgegebenen Konkurseröffnung eingetreten ist? Diejenigen, welche eine Konkurseröffnung ohne verlangten Kostenvorschuss ablehnen (siehe Anm. 336), geben darauf keine Antwort.

341 BGE 99 Ia 16 (= vollständig zit. in Anm. 324); JdT 125 (1977) II 108; Max XII (1972) Nr. 81 lit. b (= ZBJV 108 (1972) 320 f. = Pedrazzini Nr. 76); RB OGer Thurgau 1929, 54 Nr. 24 (= SJZ 27 (1930/31) 55 Nr. 11); SemJud 89 (1967) 408; SJZ 18 (1921/22) 95 Nr. 23; ZBJV 112 (1976) 540; Baumann 82 lit. b; Bürgi Art. 725 N 12 Abs. 1; Duss 69 bei Anm. 136; Funk Art. 725 N 2 a.E.; Gentinetta 46 Ziff. III; Henze 45 ff.; Marmy 18 lit. D; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.443 (= ST 45 (1971) 48 Ziff. 3), Steiner, SAG 12 (1939/40) 77 lit. g. A.M. BGE vom 15. Januar 1945 (Photosilk) in BLSchK 9 (1945) 64 und SAG 17 (1944/45) 128; SemJud 76 (1954) 581 (= JdT 103 (1955) II 256, Kurzfassungen in SAG 27 (1954/55) 142 und SJZ 51 (1955) 111 Nr. 82). Die Benachrichtigung obliegt auch bei der Finmanngesellschaft der Verwaltung (Schönle 191). Für die Genossenschaft vgl. OR 903 II; JdT 125 (1977) II 108; Max VIII (1931) Nr. 63, VII (1921) Nr. 69; Bachmann Art. 704 N 4.

Nicht berücksichtigt sind die Verhältnisse, wenn die Verwaltung fehlt und für die AG eine Beistandschaft nach ZGB 393 Ziff. 4 errichtet worden ist. Vgl. zur Beistandschaft vorn Anm. 86; ferner Hunziker 48 Ziff. 7.6.

342 Vgl. BGE 99 Ia 16 (vollständig zit. in Anm. 324); SJZ 24 (1927/28) 203 Nr. 193; Baumann 82 Anm. 6; Bürgi Art. 744 N 14, 26 S. 600; Gentinetta 46 Ziff. III, 67 § 12 a.E.; Henze 47; Locher 81 Ziff. 3; Janggen/Becker Art. 817 N 10 a.E. (GmbH); Max VII (1921) Nr. 69 (Genossenschaft). Siehe auch hinten N 110.

niemand dazu berechtigt. Das gilt namentlich für die Direktion³⁴³, die Generalversammlung^{344,345}, einzelne Aktionäre³⁴⁶ oder Aktionärsgruppen³⁴⁷, die Kontrollstelle^{348,345}, Gläubiger³⁴⁹ oder irgendeinen Dritten³⁵⁰.

Es fragt sich, wer unter der Verwaltung zu verstehen ist. OR 725 gehört zu den Organisationsvorschriften der AG, und zwar zu den Normen über die Verwaltung³⁵¹. Der Verwaltung i.S.v. OR 725 liegt demnach der Verwaltungsbegriff von OR 707 ff. zugrunde. OR 717 gestattet es, Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft zu übertragen³⁵². Die Ansichten, ob das auch mit dem Recht von OR 725 III möglich sei, gehen auseinander. Nach Bürgi gehört die Überschuldungsanzeige zu den "nicht delegierbaren" Kompetenzen der Verwaltung³⁵³. Gewisse dieser "nicht delegierbaren" Befugnisse können

343 Vgl. Bürgi Art. 725 N 12 Abs. 2; Duss 69 Anm. 136; Marmy 19; ferner Gentinetta 46 Ziff. III. Siehe auch hinten N 106.

344 JdT 125 (1977) II 108; Henze 47 i.V.m. 44 lit. c; Marmy 19. Vgl. auch hinten N 107. A.M. SemJud 76 (1954) 581 (vollständig zit. in Anm. 341); Schucany Art. 721 N 1.

345 Nach BGE 99 Ia 16 (vollständig zit. in Anm. 324) sind – abgesehen von OR 743 II – andere Organe als die Verwaltung zur Überschuldungsanzeige nicht befugt. Ebenso ZBJV 112 (1976) 540; Baumann 82 bei Anm. 6.

346 BGE 99 Ia 16 (vollständig zit. in Anm. 324); RB OGer Thurgau 1929, 54 Nr. 24 (= SJZ 27 (1930/31) 55 Nr. 11); SJZ 18 (1921/22) 95 Nr. 23; ZBJV 112 (1976) 540; Baumann 82 lit. b; Bürgi Art. 725 N 12 Abs. 3; Duss 69 Anm. 136; Funk Art. 725 N 2 a.E.; Steiner, SAG 12 (1939/40) 77 lit. g. Vgl. auch ZWR 13 (1979) 199 a.E. Siehe ebenfalls hinten N 108. Für den Genossenschafter: BGE vom 1. Juli 1942 (Omnium coopératif immobilier) in SemJud 65 (1943) 68 E 3 (= ZBGR 27 (1946) 106 E 3); Max VII (1921) Nr. 69 S. 109.

347 SJZ 18 (1921/22) 95 Nr. 23; Bürgi Art. 725 N 12 Abs. 3; Steiner, SAG 12 (1939/40) 77 lit. g. Siehe auch hinten N 108.

348 Bättig 93 bei Anm. 438; Duss 69 nach Anm. 136 und Anm. 136, 72 Ziff. 1, 92; Henze 47 i.V.m. 45 lit. d; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.443 (= ST 45 (1971) 48 Ziff. 3). Siehe auch hinten N 109.

349 BGE 99 Ia 16 (vollständig zit. in Anm. 324); RB OGer Thurgau 1929, 54 Nr. 24 (= SJZ 27 (1930/31) 55 Nr. 11); Baumann 82 lit. b; Funk Art. 725 N 2 a.E.; Steiner, SAG 12 (1939/40) 77 lit. g; vgl. auch hinten N 111. A.M. BGE vom 15. Januar 1945 (Photosilk) in BlSchK 9 (1945) 64 und SAG 17 (1944/45) 128; Metzler 6; F. Zimmermann Nr. 5 lit. f S. 21.

350 SJZ 18 (1921/22) 95 Nr. 23. Für Behörden: RB OGer Thurgau 1929, 54 Nr. 24 (= SJZ 27 (1930/31) 55 Nr. 11); Baumann 82 bei Anm. 7. Für den Richter: siehe vorn N 87a und die in Anm. 324 zit. Stellen. Für die Konkursverwaltung: BGE 99 Ia 17 f. E 3 (vollständig zit. in Anm. 324). Für die Bankenkommision: ZR 39 (1940) Nr. 112 S. 245 Sp. 2 (= BlSchK 5 (1941) 158 Nr. 75). Vgl. auch hinten N 112.

351 Vgl. die Überschrift vor OR 707.

352 In welchem Umfang ist umstritten. Vgl. zum allgemeinen Problem der Delegierbarkeit von Verwaltungsratsbefugnissen die Übersicht bei Lanz 42 ff. und dessen kritische Würdigung auf S. 55 ff. Ferner ders., SAG 42 (1970) 186; F. v. Steiger 235 f. Im folgenden sind nur noch die Stellungnahmen zu OR 725 festgehalten.

353 Bürgi Art. 712 N 19; vgl. auch Schulthess 75.

dennoch übertragen werden³⁵⁴. Für die Anzeige der Überschuldung ist das der Fall, wenn die Statuten oder das Reglement einen oder mehrere Verwaltungsräte zur Geschäftsführung und Vertretung der AG ermächtigen³⁵⁵. Ebenso Marmy³⁵⁶, der überdies keine Bedenken hat, das Recht, den Richter zu benachrichtigen, mittels der Statuten einem Verwaltungsratsausschuss gemäss OR 714 II einzuräumen³⁵⁷. Folgt man Gentinetta³⁵⁸, Henze³⁵⁹ und Jaeger³⁶⁰, welche sich allerdings noch auf das Obligationenrecht vor der Revision von 1936 stützen, so können die Statuten vorsehen, dass nicht alle Verwaltungsratsmitglieder bei der Konkursanmeldung nach SchKG 192 i.V.m. OR 725 mitzuwirken brauchen. Laut K. Meyer³⁶¹ indessen darf die Befugnis zur Überschuldungsanzeige nicht übertragen werden. Denselben Standpunkt vertritt auch Vischer³⁶². Für Forstmoser/Meier-Hayoz³⁶³ ist OR 725 formell-zwingend eine absolut nicht delegierbare Kompetenz.

- b Den Auffassungen von Bürgi und Marmy sei der Entscheid des Luzerner Obergerichtes vom 28. Januar 1972 (B. AG)³⁶⁴ entgegengehalten. Danach enthält das Recht zur Vertretung der AG nicht die Legitimation zur Überschuldungsanzeige, denn das Avisieren des Richters gehört nicht zu den Rechtshandlungen, welche der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann³⁶⁵. Damit bleibt aber noch unbeantwortet, ob die Statuten ausdrücklich einzelne Verwaltungsratsmitglieder mit der Aufgabe von OR 725 betrauen dürfen. Nach der neueren Literatur³⁶⁶ ist das unzulässig. Auf dem gleichen Boden befindet sich die Genfer Praxis³⁶⁷. Des weitern haben sowohl das Obergericht des Kantons Luzern³⁶⁸ als auch der Bernische Appellationshof³⁶⁹

354 Bürgi Art. 712 N 21 ff.

355 Bürgi Art. 725 N 12 Abs. 1. Auf ihn stützt sich Duss 108 bei Anm. 220.

356 Marmy 20 lit. D.

357 Marmy 19.

358 Gentinetta 46 Ziff. III a.E., 67.

359 Henze 47.

360 Jaeger Art. 191 N 1 S. 600.

361 K. Meyer 30 Ziff. 8 i.V.m. S. 28. Seine Meinung haben auch Felber 8 und Eigemann 29/30 übernommen.

362 Vischer, Delegationsmöglichkeit 358 Ziff. 4. Er beruft sich überdies auf SemJud 89 (1967) 407 ff.

363 Forstmoser/Meier-Hayoz § 24 N 28.

364 Max XII (1972) Nr. 81 lit. b (= ZBJV 108 (1972) 320 f. = Pedrazzini Nr. 76). Vgl. auch die dort zit. Stellen, vor allem Hess 80.

365 Ebenso Baumann 83 bei Anm. 3.

366 Insbes. Forstmoser/Meier-Hayoz § 24 N 28; Vischer, Delegationsmöglichkeit 358 Ziff. 4.

367 SemJud 89 (1967) 408.

368 Max XII (1972) Nr. 81 lit. b (vollständig zit. in Anm. 364).

369 ZBJV 112 (1976) 540.

für die Überschuldungsanzeige einen rechtsgenügenden Verwaltungsratsbeschluss verlangt. M.a.W. die Verwaltung i.S.v. OR 725 III ist der Gesamtverwaltungsrat als solcher³⁷⁰. Bei einer mehrköpfigen Verwaltung ist also ein einzelnes Mitglied, selbst wenn es einzelzeichnungsberechtigt sein sollte, nicht befugt, von sich aus die Überschuldung zu melden³⁷¹.

Der Verwaltungsrat drückt seinen Willen durch Beschlüsse aus^{372,373}. 93a Diese erfolgen gemäss den Statuten, dem Reglement oder dem Gesetz. Das trifft auch auf den Beschluss, die Überschuldung anzuzeigen, zu. Er unterscheidet sich in der Art und Weise, wie er zustande kommt, nicht von den andern Verwaltungsratsbeschlüssen. Wie bereits gesagt³⁷⁴, ist OR 725 ein Teil der Bestimmungen über die Verwaltung der AG. Was sich für die Willensbildung der Verwaltung im allgemeinen ergibt, gilt daher ebenso für die Überschuldung.

Abgesehen von OR 716³⁷⁵ schweigt das Gesetz über die Beschlussmodalitäten^{376,377}. (Üblicherweise regeln das die Statuten oder das Reglement.) Deshalb bestehen verschiedene Ansichten³⁷⁸, wie die Verwaltungsrats-

370 SemJud 89 (1967) 408.

371 Max XII (1972) Nr. 81 lit. b (vollständig zit. in Anm. 364); SemJud 89 (1967) 408 (übernommen von Gutzwiller Art. 903 N 3); ZBJV 112 (1976) 540; vgl. auch Patry, *précis* II 230 lit. b; a.M. Marmy 20 lit. D.

372 Das geht auch aus OR 721 II hervor.

373 Vgl. Bürgi Art. 703 N 3, 716 N 1, 6; Funk Art. 712 N 2 Abs. 2; Jagmetti 8; Schucany, SJZ 60 (1964) 229 Ziff. 1; Schulthess 54 ff.; Stebler 16, 18; Wehrli, SJZ 40 (1944) 101 Sp. 2. Ferner für einen Beschluss zur Überschuldungsanzeige das Beispiel bei G. Schucany, SAG 32 (1959/60) 1 ff. Ziff. III und IV.

374 Vorn N 92.

375 Zirkulationsbeschlüsse sind unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Vgl. auch SAG 35 (1962/63) 206 f.

376 Dies im Gegensatz zu den GV-Beschlüssen (OR 703 sowie OR 636, 648, 649, 655, 658, 659 IV, ferner OR 708 IV).

377 Vgl. Bürgi Art. 716 N 1, 5, 6; Eigenmann 47; Guhl/Merz/Kummer § 68 II 1 S. 666; Jagmetti 10; Schucany Art. 712 N 2 Abs. 2; ders., SAG 30 (1957/58) 167 und SJZ 60 (1964) 229 Ziff. 1; G. Schucany, SAG 32 (1959/60) 1 Ziff. I.

378 Eine Auswahl: Allemann 55 ff.; Bürgi Art. 703 N 3, 716, 717 N 4; Eigenmann 47 f.; Forstmoser/Meier-Hayoz § 24 N 9 ff.; Funk Art. 711 N 2, 712 N 1, 715 N 2, 716 N 1 f.; Guhl/Merz/Kummer § 68 II 1 S. 666; Hofer 28 f.; Jagmetti 9 f.; Schucany Art. 712 N 2 Abs. 2, 713 N 1, 717 N 2; ders., SAG 30 (1957/58) 167 ff.; ders., SJZ 60 (1964) 229 f.; G. Schucany, SAG 32 (1959/60) 1 ff.; Stebler 16 ff.; F. v. Steiger 233 f.; ders., SAG 12 (1939/40) 51; v. Tuhr/Peter § 20 Ziff. II S. 145; Wehrli, SJZ 40 (1944) 101 f.; H. Zimmermann 22. Zu einzelnen Fragen hat das BGer Stellung genommen, so beispielsweise zur Anfechtbarkeit in BGE 76 II 51 ff., insbes. 61 ff. (= Pr 39 Nr. 103 = JdT 98 (1950) I 555 ff. = Rep. 83 (1950) 283 ff. = SAG 23 (1950/51) 140 ff. = ZBJV 88 (1952) 387 ff.) (siehe auch das Luzerner OGer in Max XI (1966) Nr. 476 = SAG 41 (1969) 14 f. = SJZ 65 (1969) 39 Nr. 15), zum statutarischen Pluralstimmrecht in BGE 71 I 187 ff. (= Pr 34 Nr. 100 = JdT 93 (1945) I 501 ff. = Rep. 78 (1945) 257 ff. = SAG 17 (1944/45) 201 ff. = ZBJV 82

beschlüsse entstehen, wenn die entsprechenden statutarischen oder reglementarischen Bestimmungen fehlen. Auf dieses Meinungsspektrum gehe ich nicht weiter ein, denn das Problem ist für die AG grundsätzlicher und nicht spezifisch konkursrechtlicher Natur. Allerdings möchte ich die Auffassungen von Gentinetta³⁷⁹, Henze³⁸⁰ und Jaeger³⁸¹, wonach die Überschuldungsanzeige einzig von sämtlichen Mitgliedern der Verwaltung abgegeben werden könne, in Frage stellen. Beispielsweise verlangen Schucany³⁸² oder F. v. Steiger³⁸³ nicht die Mitwirkung aller Verwaltungsräte, sondern nur die Möglichkeit dazu, welche mit der gehörigen Einladung zur Beschlussfassung gegeben sei. Bürgi³⁸⁴ bezeichnet als herrschende Meinung, dass der Verwaltungsrat mit jeder Präsenz beschlussfähig sei.

c Wenn jedoch, was die Regel ist, die Statuten oder das Reglement rechtmässig das Beschlusswesen im Verwaltungsrat ordnen, hat man sich daran zu halten. Ich gehe mit G. Schucany³⁸⁵ nicht einig, allfällige statutarische oder reglementarische Quorumsvorschriften für die Verwaltung seien im Fall der Überschuldung unbeachtlich. Die Überschuldungsanzeige ist nur eine der dem Verwaltungsrat zukommenden Aufgaben. Über sie bildet er sich seinen Willen, wie über die andern Fragen auch. Ohne anderslautende Statuten oder Reglement hat m.E. der Verwaltungsrat den Beschluss, den Richter zu benachrichtigen, gleichsam den übrigen Beschlüssen zu fassen. Wie vorhin dargelegt, ergibt sich das ebenfalls aus der Stellung von OR 725 im Gesetz.

94 Zusammenfassend sei festgehalten: Legitimiert zur Überschuldungsanzeige ist der Verwaltungsrat als solcher. Er hat über sie gemäss Statuten, Reglement oder Gesetz zu beschliessen³⁸⁶. Den Beschluss des Gremiums kann auch eine einzelne Person ausführen. In allen Fällen hat der Richter zu prüfen, ob der Avis den gestellten Anforderungen entspricht, d.h. auf einem gültigen Verwaltungsratsbeschluss beruht³⁸⁷.

(1946) 501 f., 83 (1947) 24/25) oder zur Mandatsdelegation in BGF 71 II 277 ff., insbes. 279 (= Pr 35 Nr. 12 = JdT 94 (1946) I 203 ff., insbes. 206 = Rep. 79 (1946) 421 f. = SAG 19 (1946/47) 16 ff. = ZBJV 82 (1946) 502/03). Vgl. auch OGer Luzern in Max XI (1964) Nr. 310 (= SJZ 62 (1966) 330 Nr. 190).

379 Gentinetta 46 Ziff. III.

380 Henze 47.

381 Jaeger Art. 191 N 1 S. 600, ähnlich Bürgi Art. 725 N 12 Abs. 1.

382 Schucany Art. 712 N 2 Abs. 3.

383 F. v. Steiger 233/34 und in SAG 12 (1939/40) 51.

384 Bürgi Art. 716 N 5.

385 G. Schucany, SAG 32 (1959/60) 5.

386 Ebenso Baumann 83 vor Anm. 4.

387 Vgl. auch vorn N 87a; ferner Fritzsche II 35 § 38.

OR 725 berechtigt die Verwaltung nicht nur, sondern **verpflichtet** sie auch, dem Richter die **Überschuldung anzuzeigen**³⁸⁸. Die Verwaltung hat keine Wahl³⁸⁹. Sie muss, wenn eine Überschuldung vorliegt, den Richter unverzüglich benachrichtigen³⁹⁰. Das bedeutet nicht, dass die Verwaltung ihre Pflicht nicht zu einem späteren Zeitpunkt erfüllen könnte, doch müssen die einzelnen Mitglieder für den durch die Verspätung entstandenen Schaden persönlich und solidarisch einstehen³⁹¹. Die Höhe der Überschuldung ist für die Verwaltung unbeachtlich³⁹², genauso wie die Art und Weise, auf welche sie von der Überschuldung erfährt³⁹³. Des weitern hat sie keinerlei Rücksichten auf irgendwelche – v.a. anderslautende – Generalversammlungsbeschlüsse zu nehmen. Diese entbinden die Verwaltung nicht von ihrer gesetzlichen Pflicht³⁹⁴. Das Vermögen ebensowenig Beschlüsse sämtlicher im Zeitpunkt der Überschuldung vorhandenen Gläubiger³⁹⁵. Die Anzeigepflicht bleibt auch

388 Vgl. auch die Marginalie von OR 725; ferner BGE 43 III 115 (= Pr 3 Nr. 195); BGE vom 15. Januar 1945 (Photosilk) in BISchK 9 (1945) 62 ff. und SAG 17 (1944/45) 126 ff.; SJZ 31 (1934/35) 139; Bachmann Art. 657 N 3; Baumann 81 lit. a; Bossard, ST 50 (1976) H 9 S. 6 Sp. 2 (= ST 51 (1977) H 2 S. 18 ff.); Bürgi Art. 725 N 9, 11; Gentinetta 45; Guhl SJK 399 Ersatzkarte S. 4 lit. e; Guhl/Merz/Kummer § 68 II 3 lit. d S. 671; Henze 34 bei Anm. 31 und S. 45 f.; Hindermann 157; Hofer 50; Leemann 128/29; Metzler 6; v. Overbeck 156 Ziff. 2 lit. B; Patry, précis II 172; Reichel Art. 192 N 1; Schech 20 bei Anm. 37 und S. 21, 24 vor Anm. 45; Schucany Art. 725 N 3; Siegwart Einl. N 335; Werner 13; F. Zimmermann Nr. 11 lit. 1, 21 lit. f, bb; ebenso für die Einmann-AG Schönte 191 Abs. 2, 192 § 17. Für die GmbH: Carry SJK 803 S. 7 lit. b; Fellmann 78. Für die Genossenschaft: BGE 30 II 319 (= ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 40); SJZ 37 (1940/41) 317 Nr. 61; ZR 4 (1905) Nr. 28 S. 36; Bachmann Art. 704 N 4; Gutzwiller Einl. N 181; R. Müller 32.

389 Werner 13.

390 Baumann 82 bei Anm. 1; Bürgi Art. 725 N 11 Abs. 1, 3; Gentinetta 45; Henze 45, 140; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.442 S. 17 (= ST 45 (1971) 47); Schucany Art. 725 N 3; Werner 14. Im Gegensatz dazu gewährt § 92 II DAktG eine Frist von drei Wochen, vgl. hiezu Godin/Wilhelmi § 92 Anm. 7; Hefermehl § 92 N 20; Mertens § 92 N 20; Meyer-Landrut § 92 Anm. 8 Abs. 2. Anders § 83 II OeAktG, der die noch unter dem alten Aktiengesetz von 1937 bestandene Überlegungsfrist nicht mehr kennt (vgl. auch Kastner 175 lit. dd).

391 Bürgi Art. 725 N 11 Abs. 2; Duss 73 Ziff. 3; Funk Art. 725 N 2 letzter Abs.; Gentinetta 69; vgl. auch hinten N 105a. Für Wild, SJZ 48 (1948) 191, ist die Verantwortlichkeit in der Praxis eine ungenügende Garantie dafür, dass die Verwaltung ihrer Pflicht tatsächlich nachkommt.

392 Janggen/Becker Art. 817 N 7; W. v. Steiger Art. 817 N 8 a.E.

393 BGE 27 II 104 (= ScmJud 23 (1901) 90 ff.); Bürgi Art. 725 N 11 Abs. 1.

394 Vgl. Bürgi Art. 725 N 11 Abs. 1; Henze 45 lit. c; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.442 S. 17 (= ST 45 (1971) 47); Schucany Art. 725 N 3; ferner Jaeger Art. 191 N 1 S. 600; O. Kaufmann, SAG 19 (1946/47) 149 lit. c; ZWR 13 (1979) 199. Für die GmbH: Carry SJK 803 S. 7; a.M. Fellmann 76 f. Für die Genossenschaft: ZR 4 (1905) Nr. 28 S. 36.

395 Vgl. auch Henze 48. – Ein Sonderfall liegt allerdings vor, wenn die Gläubiger beschliessen, Schulden zu erlassen, und zwar mindestens in der Höhe der Überschuldung (vgl. dazu hinten N 100).

bestehen, wenn ein Gläubiger die Konkurseröffnung beantragt hat³⁹⁶. Vor ihr haben ferner persönliche Interessen einzelner Verwaltungsratsmitglieder zurückzutreten³⁹⁷. Im folgenden soll untersucht werden, ob einzelne Gründe bestehen, welche es erlauben, ausnahmsweise von der Pflicht zur Überschuldungsanzeige abzusehen.

- 96a Die Verwaltung hat bei der Frage, ob sie den Richter avisieren soll oder nicht, keine Rücksichten auf allfällige **Sanierungsmöglichkeiten** zu nehmen³⁹⁸. Das Bundesgericht³⁹⁹ hat entschieden, wenn bei einer Sanierung gemäss OR 735^{399a}, für die die notwendigen Mittel bereits sichergestellt seien, eine Überschuldung bestehe, dieses besondere Verfahren strenggenommen nicht mehr möglich sei. Man hätte die Überschuldung anzuzeigen sowie um den Konkursaufschub nachzusuchen und könne erst währenddessen den Weg von OR 735 beschreiten. Aus Zweckmässigkeitsgründen hingegen möge es angehen, den Richter nicht zu benachrichtigen, sondern direkt die Sanierung durchzuführen, sofern deren finanzielle Grundlage gewährleistet sei. Wohl im Hinblick auf diesen Entscheid vertreten v. Greyerz⁴⁰⁰ und das Revisionshandbuch⁴⁰¹ die Ansicht, der Richter sei im Überschuldungsfalle nicht zu informieren, wenn eine Sanierung rasch bzw. unverzüglich durchgeführt werden könne. Dazu ist zu bemerken, dass das BGer das Vorgehen nach OR 735 bei einer überschuldeten Gesellschaft als "streng genommen" unzulässig und gegen die klare Bestimmung von OR 725 III bezeichnet, aber im konkreten Fall aus praktischen Überlegungen gutgeheissen hat⁴⁰². Daraus abzuleiten,
- b

396 Godin/Wilhelmi § 92 Anm. 8; Mertens § 92 N 30; a.M. Meyer-Landrut § 92 Anm. 8 a.E.

397 BGE vom 15. Juli 1941 (Haldimag) in SAG 14 (1941/42) 66.

398 Baumann 82 bei Anm. 2; Bürgi Art. 725 N 11 a.E.; Duss 69 bei Anm. 135; Gentinetta 45; Henze 45, 140; Fellmann 78 (GmbH). Vgl. auch Hunziker 45 bei Anm. 60. A.M. Werner 15. – Im Gegensatz dazu räumt § 92 II DAKtG dem Vorstand eine dreiwöchige Frist ein, um Sanierungsmöglichkeiten wahrnehmen zu können (vgl. auch vorn Anm. 390).

399 BGE 76 I 166 ff. E 3 (= Pr 39 Nr. 116 = SAG 23 (1950/51) 44 ff. = SemJud 73 (1951) 447 f.). Ebenso Bürgi Art. 735 N 10 Abs. 2, N 11; Degiacomi 64 Ziff. 3; Duss 81 lit. d; Funk Art. 735 N 1 Abs. 1; Gutzwiller Art. 903 N 8.

399a Vereinfachte Kapitalherabsetzung zur Beseitigung einer Unterbilanz.

400 v. Greyerz 22/23 Ziff. 3.31. Allerdings aussert er – entgegen dem an der vorhin erwähnten Stelle vertretenen Standpunkt – auf S. 25 Ziff. 3.51: "Art. 725 Abs. 3 OR verlangt von der Verwaltung, dass sie, wenn die Gesellschaft überschuldet ist, den Richter benachrichtigt ... Eine andere Möglichkeit steht der Verwaltung nicht offen ..."

401 Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.442 S. 17 (= ST 45 (1971) 47), vgl. auch Teil 7.1 Abschnitt 7.132 S. 13 und Abschnitt 7.151 S. 17.

402 Vgl. auch, wie entschieden sich Bürgi in Art. 735 N 10 Abs. 2 ausdrückt. ("Besteht eine Überschuldung, so kann Art. 735 OR *niemals* zur Anwendung kommen. Besteht eine Überschuldung, so hat der Verwaltungsrat gemäss Art. 725 OR unverzüglich den Richter anzurufen und hievon zu benachrichtigen (Art. 725 Abs. 3).")

bei einer Überschuldung hätte man zuerst die Sanierungsmöglichkeiten zu prüfen und, soweit solche bestehen, eine Ausnahme von der Benachrichtigungspflicht anzunehmen, geht m.E. zu weit. Es ist ein Unterschied, ob man mit den erforderlichen Quellen einen Verlust in einer Bilanz zu Fortführungswerten beseitigen will und dabei eine Überschuldung feststellt, oder ob man eine Überschuldung konstatiert und darauf nach – wenn auch unverzüglich⁴⁰³ durchführbaren – Sanierungsmöglichkeiten sucht. Im ersten Fall ist die notwendige Grundlage bereits vorhanden, während sie im zweiten noch gefunden werden muss.

Nach meinem Dafürhalten befreien Sanierungsmöglichkeiten nicht von der Benachrichtigungspflicht. Für eine überschuldete AG, welche noch Sanierungsaussichten hat, sieht OR 725 IV den Konkursaufschub vor. Es liegt deshalb am Richter und nur an ihm, die Sanierungsmassnahmen und -chancen zu beurteilen. Das Gesetz will nicht, dass die Verwaltung in eigener Sache entscheidet⁴⁰⁴. Tritt indessen im Zusammenhang mit einem Sanierungsverfahren gemäss OR 735, bei dem die benötigten Mittel bereits sichergestellt sind, eine Überschuldung zutage, kann aus praktischen Gründen der Avis an den Richter unterbleiben⁴⁰⁵. “Die Befreiung von der Pflicht, den Konkursrichter anzurufen, ist selbstverständlich nur dann gerechtfertigt, wenn die Gesellschaft durch die geplante Massnahme auch tatsächlich saniert wird, d.h. wenn nach erfolgter Abschreibung des Aktienkapitals und Wiedererhöhung desselben auf einen niedrigeren als den ursprünglichen Betrag die Forderungen der Gläubiger wieder gedeckt sind.”⁴⁰⁶

Für die Verwaltung ist jedoch entscheidend, was geschieht, wenn sie den Richter nicht benachrichtigt. Sie muss für den Schaden haften, welcher in-

403 Es stellt sich die Frage, wann man eine Sanierungsmassnahme als “unverzüglich” durchführbar ansehen darf und wann nicht.

404 Siehe hinten § 6 N 11m Abs. 2, N 12. Vgl. auch Duss 49/50; Marmy 56 § 9 a.E.

405 Die Überschuldungsanzeige und das Konkursaufschubverfahren würden im Ergebnis einzig um der Form willen erfolgen und die ohnehin schon angeschlagene AG noch mehr belasten.

406 BGE 76 I 167/68 (vollständig zit. in Anm. 399). Ebenso Werner 15/16, der zudem auf S. 14 f. darauf hinweist, dass ein genügend grosser Schuldennachlass bei einem aussergerichtlichen Nachlassvertrag eine Überschuldung beseitige. Abgesehen davon, dass es sich dabei um eine Sanierungsmassnahme handelt, deren Möglichkeit die Verwaltung nicht von der Anzeigepflicht befreit, birgt dieses Vorgehen ein nicht zu unterschätzendes Risiko in sich. Die Bemühungen um einen Nachlassvertrag zeigen die finanziellen Schwierigkeiten und gelten deshalb als Ausdruck der Zahlungseinstellung (vgl. dazu anstelle vieler Baumann 52). Das erlaubt jedem Gläubiger, gestützt auf SchKG 190 I Ziff. 2 die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung zu verlangen. – Zum Konkursaufschub, wenn das Konkursbegehren eines Gläubigers vorliegt, vgl. hinten § 6 N 15.

folge ihrer Pflichtverletzung eintritt⁴⁰⁷. Nach einer erfolgreichen Sanierung ist eine AG wieder gesund. Wenn die Verwaltung eine Überschuldung nicht meldet, sondern eine Sanierung auf eigene Faust durchführt und dabei reüssiert, besteht kein Schaden wegen der unterlassenen Anzeige. In diesem Fall hat sie nichts zu befürchten. Misslingt es ihr indessen, die Gesellschaft zu sanieren, hat sie für den daraus erfolgten Schaden einzustehen⁴⁰⁸. Dieses Risiko kann die Verwaltung auf sich nehmen. Der korrekte Weg ist aber, den Richter zu informieren und mit einem Gesuch um Konkursaufschub, ihn die Sanierungsmöglichkeiten beurteilen zu lassen⁴⁰⁹.

- 97 Gemäss Bundesgericht⁴¹⁰ erfüllt die Verwaltung ihre Pflicht von aOR 657 II (= OR 725 III) auch durch ein **Nachlassstundungsgesuch**⁴¹¹. Das Obergericht des Kantons Luzern⁴¹² hat, ohne diesen BGE zu erwähnen, gegenteilig entschieden. Mit der Weisung an die Amtsgerichtspräsidenten vom 23. Dezember 1966⁴¹³ hat jedoch die luzernische Schuldbetreibungs- und Konkurskommission die kantonale Auffassung als unhaltbar erklärt und eine dem BGer entsprechende Praxis verlangt. "Der Pflicht, bei Überschuldung sofort zu handeln ..., wird auch mit einem Gesuch um Nachlassstundung Genüge getan."

- 98 Es fragt sich, ob **Bürgschaften, Garantien** irgendwelcher Art, **Patronats-erklärungen** und ähnliches⁴¹⁴ von der Benachrichtigungspflicht befreien.

407 Vgl. auch vorn N 95 bei Anm. 391 und hinten N 105a.

408 Mögliche strafrechtliche Folgen sind in dieser Arbeit nicht berücksichtigt. Vgl. dazu BGE 104 IV 82 ff. E 3d (= Pr 67 Nr. 144), der m.E. allerdings Zahlungsunfähigkeit mit Überschuldung verwechselt (vgl. vorn Anm. 248).

409 Vgl. auch hinten § 6 N 11 I, m.

410 BGE 62 III 25 (= Pr 25 Nr. 81 = SemJud 59 (1937) 272). Vgl. auch Marmy 39/40.

411 § 92 II DaktG stellt das Gesuch um ein gerichtliches Vergleichsverfahren dem Antrag auf Konkurseröffnung gleich. – Literaturauswahl zum Nachlassvertragsrecht hinten § 6 Anm. 2.

412 Max X (1960) Nr. 722 (= SJZ 58 (1962) 105 Nr. 91). Diesem Entscheid haben sich Bürgi Art. 725 N 18 a.E., 736 N 26 a.E., v. Greyerz 25 Ziff. 3.51 bei Anm. 4, Gutzwiller Art. 903 N 17 und F. v. Steiger 331 Anm. 19 angeschlossen, jedoch ohne sich mit dem bundesgerichtlichen Standpunkt oder – die nach 1966 erschienenen Arbeiten – mit dem Wandel des Luzerner OGer (siehe nächste Anm.) auseinanderzusetzen. Das Solothurner OGer kritisiert das luzernische Urteil und Bürgi scharf und begründet seine Meinung eingehend (SOG 1976 Nr. 12). Ihm scheinen indessen ebenfalls sowohl der BGE als auch die Praxisänderung des OGer Luzern entgangen zu sein, lässt es doch beide unerwähnt.

413 Max XI (1966) Nr. 507 S. 526 Ziff. 4 (= BLSchK 32 (1968) 93 Ziff. 4).

414 Eine Auswahl aus der Literatur: Albisetti/Bodmer/Boemle/Gsell/Rutschi Stichwort Kautionskredit 370 f.; Altenburger; T. Bär; Beck; Béguelin SJK 769; Bodmer/Kleiner/Lutz Art. 6 N 70; E. Bucher 425 ff.; v. Büren II 285 ff.; Duss 29 Ziff. 2; Frey 116; Geigi-Werthemann; Giovanoli Art. 492–512, insbes. 492 N 13 ff., 493 N 2; E. Guggenheim; Guhl; Guhl/Merz/Kummer § 22 III, IV S. 157 ff., § 57 S. 521 ff.; H. Huber; Kammertagung 1977, 55 ff., 65 ff.; Kammertagung 1979, 222

M.E. können sie das nicht. Wohl vermögen sie unter Umständen, Gläubiger besserzustellen und somit einem Postulat von OR 725⁴¹⁵ gerecht zu werden, doch eine Überschuldung beseitigen sie nicht. Dazu braucht es entweder mehr Aktiven, weniger Gläubigerforderungen oder von beidem, und zwar saldo-mässig mindestens im Umfang der bestehenden Überschuldung⁴¹⁶. Überdies ist der Bestand dergestaltiger Zusagen manchmal nur sehr schwer einzuschätzen⁴¹⁷.

Die Erklärung, für die Schulden der AG persönlich mit dem ganzen Vermögen zu haften, schafft für das BGer⁴¹⁸ den festgestellten Verlustsaldo nicht aus der Welt. Das Bezirksgericht Zürich und mit ihm die I. Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes haben im Falle einer Genossenschaft schon unter dem alten Recht entschieden, dass die Erklärung, das Defizit zu übernehmen, nicht von der Benachrichtigungspflicht enthebe⁴¹⁹. Indessen können die eingehaltenen Zusicherungen allenfalls verhüten, dass die Gläubiger infolge der nicht oder verspätet angezeigten Überschuldung zu Schaden kommen und Ersatzansprüche an die Verantwortlichen stellen.

Ziff. 4.34, 238/39; Kleiner; V. Müller 116 ff.; Müllhaupt, SAG 50 (1978) 109 ff.; Oftinger, SJZ 38 (1941/42) 58 ff.; Oser/Schönenberger Art. 492–512, insbes. 492 N 54 ff.; Raaflaub 32 f.; Reichwein, SJZ 52 (1956) 374 ff.; Reusser; Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.2523 Ziff. 1, 2 S. 162–165; Scyboz 317 ff.; ferner: Bordt, WPg 28 (1975) 285 ff.; Dudan; Gilliéron 51 ff.; Golser; D. Guggenheim; Mosch; K. Müller, ZGR 6 (1977) 1 ff.; Obermüller, ZGR 4 (1975) 1 ff.; Rümker, Wertpapier-Mitteilungen 1974, 990 ff. (zit. bei Bordt, WPg 28 (1975) 285 Anm. 4 und bei Müllhaupt, SAG 50 (1978) 113 Anm. 31); Schaffland, BB 32 (1977) 1021 ff.; Schraepfer, ZKw 28 (1975) I H 6 S. 7 ff. und aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: BGE 101 II 323 ff. (= Pr 64 Nr. 262 = ZBGR 58 (1977) 309 ff. = ZBJV 113 (1977) 184 f.), 81 II 225 ff. E 3, 4 (= JdT 104 (1956) I 462 ff. = Rep. 89 (1956) 300 ff.), 75 II 49 ff. (= Pr 38 Nr. 36 = JdT 97 (1949) I 298 ff. = ZBJV 86 (1950) 543 f.), 72 II 19 ff. (= Pr 35 Nr. 83 = JdT 94 (1946) I 524 ff. = ZBGR 28 (1947) 320 Nr. 134 = ZBJV 83 (1947) 517), 65 II 30 ff. (= Pr 28 Nr. 31 = JdT 87 (1939) I 175 ff. = Rep. 72 (1939) 346 ff. = SemJud 61 (1939) 577 ff.), 64 II 350 E 2 (= Pr 28 Nr. 3 = JdT 87 (1939) I 167 ff. = Rep. 72 (1939) 303 ff.), 56 II 381 ff. E 2, 3 (= Pr 20 Nr. 3).

415 Vgl. vorn N 76.

416 Vgl. auch Herget, AG 19 (1974) 139 Ziff. II; ferner Kammertagung 1979, 222 Ziff. 4.33.

417 Vgl. etwa H. Huber 61; Müllhaupt, SAG 50 (1978) 114 Ziff. 5.7 a.E.; Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.2523 Ziff. 2. S. 163/64; Schultz, ST 41 (1967) 294 a.E.

418 BGE 86 II 185 (= Pr 49 Nr. 146 = JdT 109 (1961) I 38 ff. = Rep. 93 (1960) 221 f. = ZBJV 97 (1961) 437 ff. = A. Hirsch, organe 236 ff., Kurzfassungen bei Berweger 165 ff., A. Hirsch, ST 50 (1976) H 9 S. 11 f., und im Revisionshandbuch Teil 3.1 Abschnitt 3.122 Ziff. 3 S. 9). Ebenso Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.2523 Ziff. 1.1 S. 162 (Bürgschaft, Garantieerklärung) und Ziff. 2 S. 165 (Patronats-erklärung). Vgl. auch V. Müller 118 Ziff. 6.

419 ZR 4 (1905) Nr. 28 S. 36.

99a Unklar ist, ob ein **Rangrücktritt**⁴²⁰ erlaube, von der Überschuldungsanzeige abzusehen oder nicht. Einigkeit herrscht darüber, dass der Rangrücktritt praktiziert wird und dass über ihn bis anhin keine Gerichtsurteile veröffentlicht worden sind⁴²¹. Weiter stimmen die Autoren darin überein, dass ein Rangrücktritt weder die Überschuldung beseitigt, die Bilanz verändert oder gar neues Kapital zuführt⁴²², noch den Bestand der Forderung des zurücktretenden Gläubigers antastet⁴²³. Die Meinungen gehen hingegen auseinander im Punkt, ob ein Rangrücktritt die Verwaltung von der Pflicht, den Richter zu benachrichtigen, freistelle. Aellig⁴²⁴ und Schultz⁴²⁵ bejahen dies, ebenso Pestalozzi⁴²⁶. Für Duss ist es eine Frage der Gesetzesauslegung⁴²⁷, welche zusammenfassend⁴²⁸ nach dem objektiv-entstehungszeitlichen Gehalt eine negative und nach dem realistischen, teleologischen eine positive Antwort ergibt⁴²⁹. Im Hinblick auf letztere erachtet er den Rangrücktritt unter gewissen Voraussetzungen⁴³⁰ als Befreiungsgrund von der Informationspflicht. Die neueren Auffassungen halten sich dem Rangrücktritt gegenüber sehr zurück und legen eine beträchtliche Skepsis an den Tag. Diese Wende veranschaulicht das Revisionshandbuch besonders schön. In der 1979 erschienenen zweiten Lieferung⁴³¹ setzt es zu seinem Standpunkt von 1971⁴³² ein grosses Fragezeichen. Auch Christ⁴³³ bringt Bedenken an. Zwar enthält sich v. Greyerz⁴³⁴ einer Stellungnahme, doch ruft er zur Vorsicht auf. Vor

420 Vgl. zum Rangrücktritt: Christ 243 f.; Duss; ders., SAG 44 (1972) 1 ff. (= AG 19 (1974) 133 ff.); Kammertagung 1979, 222 Ziff. 4.32, 238; V. Müller 111 ff.; Pestalozzi, SAG 41 (1969) 1 ff.; Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.2523 Ziff. 3 S. 165 f., Teil 3.4 Abschnitt 3.444 S. 19 ff.; ferner Herget, AG 19 (1974) 137 ff.

421 Duss 17 und SAG 44 (1972) 2 (= AG 19 (1974) 133 ff.); v. Greyerz 25 Ziff. 3.51; V. Müller 111; Pestalozzi, SAG 41 (1969) 1; Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.2523 Ziff. 3 S. 166.

422 Duss 31 Ziff. 5, 86 lit. a, 88, 97 und SAG 44 (1972) 10 lit. b (= AG 19 (1974) 133 ff.); Kammertagung 1979, 222 Ziff. 4.32, 238; Pestalozzi, SAG 41 (1969) 6 Ziff. 14; Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.2523 Ziff. 3 S. 165.

423 Christ 243; Duss 86 lit. b, 97 Ziff. 1 und SAG 44 (1972) 2 (= AG 19 (1974) 133 ff.); Pestalozzi, SAG 41 (1969) 2 Ziff. 4, 7 Ziff. 17.

424 Aellig, SAG 29 (1956/57) 97 lit. b.

425 Schultz, ST 41 (1967) 294/95.

426 Pestalozzi, SAG 41 (1969) 8 f. Ziff. 19.

427 Duss 77, 88 und SAG 44 (1972) 9 (= AG 19 (1974) 133 ff.).

428 Zu den Einzelheiten vgl. Duss 78 ff.

429 Duss 81 f. und SAG 44 (1972) 9 (= AG 19 (1974) 133 ff.).

430 Duss 84 f., 89 und SAG 44 (1972) 7 (= AG 19 (1974) 133 ff.).

431 Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.2523 Ziff. 3. S. 165 f. Vgl. auch Kammer-tagung 1979, 238 f.

432 Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.444 S. 19 f.

433 Christ 243.

434 v. Greyerz 25 Ziff. 3.51.

delikaten Rechtsfragen warnt Frey⁴³⁵. V. Müller⁴³⁶ spricht von einem "ungenuten Gefühl" beim Rangrücktritt und weist auf kritische Punkte hin⁴³⁷. Die Unsicherheit in der Rangrücktrittsfrage hält er auf S. 118 Ziff. 8 fest: "Ob der Rangrücktritt wirklich von der Benachrichtigung des Richters gemäss Art. 725 Abs. 3 OR dispensieren kann, ist eine Annahme, die mit guten rechtlichen Gründen vertreten werden kann. Sicher ist dies jedoch nicht. Es liesse sich jedenfalls auch die Meinung vertreten, für eine überschuldete Gesellschaft sei das Verfahren des Art. 725 OR zwingend vorgeschrieben, d.h. nur der Richter könne entscheiden, ob der Konkurs aufgeschoben werden könne. Nach dem Gesetzeswortlaut ist dies nur möglich, 'falls Aussicht auf Sanierung besteht' (Art. 725 Abs. 4 OR). Man kann sich durchaus auf den Standpunkt stellen, die Beurteilung dieser 'Aussicht' stehe einzig dem Richter zu und könne von Privaten (Verwaltungsrat oder Kontrollstelle) nicht wahrgenommen werden"⁴³⁸.

Duss⁴³⁹ gibt diesem Problemkreis nur einen theoretischen Wert. Man vermöge die Überschuldungsanzeige nicht zu erzwingen⁴⁴⁰, sondern könne bei deren Absehen einzig Ersatz für den dadurch eingetretenen Schaden verlangen. Deshalb sei für ihn praktisch bedeutsam, ob die Verantwortlichen bei einem Rangrücktritt für die Folgen des unterlassenen Avis schadenersatzpflichtig werden oder nicht. Er verneint das mit dem Argument, die Gläubiger seien durch einen mit aller Sorgfalt und unter den nötigen Voraussetzungen ausgeführten Rangrücktritt regelmässig bessergestellt⁴⁴¹. Wenn alle Prämissen erfüllt seien, kämen auch die nach dem Rangrücktritt hinzugekommenen Gläubiger nicht zu Schaden; andernfalls klagten sie zu Recht auf Schadenersatz. Das Ergebnis bleibe sich mit oder ohne Annahme, der Rangrücktritt befreie von der Benachrichtigungspflicht, das gleiche. Um diese Verantwortlichkeitsansprüche zu vermeiden, verlangt er⁴⁴² u.a. einen über die eigentliche Überschuldung hinausgehenden Rangrücktritt, der auch zukünftige Gläubiger

435 Frey 116.

436 V. Müller 111.

437 V. Müller 112 ff.

438 Exkurs: Auch in der Bundesrepublik Deutschland bestehen verschiedene Ansichten über die Wirksamkeit des Rangrücktrittes. Als Beispiele seien für die Befürworter Herget, AG 19 (1974) 143 und für die Gegner Godin/Wilhelmi § 92 Anm. 8 erwähnt.

439 Duss 77 Ziff. 2, 90 f. und SAG 44 (1972) 9/10 (= AG 19 (1974) 133 ff.). Vgl. auch das Beispiel von Christ 243, wenn der Darleiher gleichzeitig Alleinaktionär ist.

440 Vgl. auch BGE 86 II 184 (vollständig zit. in Anm. 418).

441 Vgl. auch Duss 88. Er weist aber auf S. 90/91 darauf hin, dass nur kein Schadenersatz für die Folgen des Rangrücktrittes entstünden, nicht jedoch für die Vorgänge vor dem Rangrücktritt.

442 Duss 84 f. und SAG 44 (1972) 7/8 (= AG 19 (1974) 133 ff.).

bis zur endgültigen Sanierung decke, und eine Sanierung. Man müsse einen Rangrücktritt im Hinblick auf eine Sanierung vereinbaren, damit die Pflicht, den Richter zu unterrichten, weg falle.

c Nach meinem Dafürhalten erfüllt der Rangrücktritt die Gebote des Gläubigerschutzes⁴⁴³ nicht. Deshalb vermag er auch nicht von der Informationspflicht zu befreien. Dementsprechend hat die Verwaltung zu gewärtigen, zur Verantwortung gezogen zu werden. Wohl sind die Ansprüche der nicht zurücktretenden oder "Normal"-Gläubiger, wie sie Pestalozzi⁴⁴⁴ bezeichnet, im Zeitpunkt des betragsmässig genügend hohen Rangrücktritts durch die Aktiven gedeckt, doch die Gläubiger zukünftiger Forderungen sind nach wie vor gefährdet. (Ein Rangrücktritt saniert ja die Gesellschaft nicht⁴⁴⁵.) Das von Duss⁴⁴⁶ deswegen geforderte "Agio" könnte sich, da es schwierig ist, die Zukunft abzuschätzen, als zu klein erweisen. Vielfach beurteilt die Verwaltung die Lage in solchen Fällen zu optimistisch. Das gilt ebenfalls für die von ihm⁴⁴⁷ postulierten Sanierungsmöglichkeiten. Deren Bestand und Qualität hat zudem gar nicht die Verwaltung, sondern einzig der Richter zu beurteilen⁴⁴⁸. Überdies, führt man die AG nach erfolgtem Rangrücktritt weiter und begleicht fällige Forderungen, sind die betreffenden Gläubiger vollumfänglich befriedigt und scheiden aus. Kommt es in der Folge trotz Rangrücktritts zum Zusammenbruch der AG, sind die verbleibenden Gläubiger gegenüber den weggefallenen benachteiligt⁴⁴⁹.

d In BGE 76 I 166 ff. E 3⁴⁵⁰ ein Argument zugunsten des Rangrücktritts zu sehen⁴⁵¹, relativiert Duss selbst wieder an anderen Stellen. Erstens erachtet er es als geboten, bei einer Überschuldung den Richter ohne Rücksicht auf Sanierungsmöglichkeiten zu benachrichtigen⁴⁵². Und zweitens weist er darauf hin, dass sich das Bundesgericht in BGE 86 II 171 ff.⁴⁵³, dem ein mit dem Rangrücktritt bis zu einem gewissen Grade vergleichbarer Sachverhalt zu-

443 Vorn N 76.

444 Pestalozzi, SAG 41 (1969) 6 Ziff. 14.

445 Der Rangrücktritt selbst ist keine Sanierungsmassnahme, Duss 31 Ziff. 5 (hier stellt er den Rangrücktritt den echten Sanierungsmöglichkeiten gegenüber), 49 Ziff. 4, 86 lit. a; ders., SAG 44 (1972) 10 (= AG 19 (1974) 133 ff.). Kammertagung 1979, 222 Ziff. 4.32, 238. Aellig, SAG 29 (1956/57) 97, spricht von der Vorstufe einer Sanierung.

446 Duss 87.

447 Duss 84/85 Ziff. 2.

448 Vgl. vorn N 96c bei Anm. 404 und hinten § 6 N 11m Abs. 2, N 12; ferner Duss 49/50.

449 Vgl. Wicand, ZSR 23 (1904) 261.

450 Vollständig zit. in Anm. 399.

451 Duss 81 lit. d.

452 Duss 69 bei Anm. 135.

453 Vollständig zit. in Anm. 418.

grunde liegt, an den Gesetzestext gehalten habe⁴⁵⁴. Der Wortlaut indessen lässt nach Duss⁴⁵⁵ nicht zu, wegen eines Rangrücktritts von der Anzeigepflicht abzusehen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Passage im Entscheid des e Cour de Justice Civile vom 22. Dezember 1961 (Sopav S.A.)⁴⁵⁶, wonach eine AG, welche boykottiert werde und dadurch ihre Geschäftstätigkeit nicht entfalten könne, keinen Schaden erleide, wenn sie schon vor dem Boykott überschuldet gewesen sei und den Richter hätte benachrichtigen müssen⁴⁵⁷. Ein diesbezüglicher Schadenersatzanspruch sei abzuweisen. Unter diesem Gesichtspunkt könnte ein Rangrücktritt, der ja keine Sanierungsmassnahme ist und eine Überschuldung nicht zu beseitigen vermag, für eine AG verhängnisvolle Folgen haben.

In den Jahren 1936–1975 erlitten die Gläubiger bei sämtlichen erledigten f Konkursen in der Schweiz durchschnittlich zwischen 60 und 84% Forderungsverluste, von 1960–1975 zwischen 72 und 84%⁴⁵⁸. Gemäss Hanisch⁴⁵⁹ betrugen die Dividenden auf den nichtprivilegierten Forderungen im Schnitt etwa 5%. Diese Zahlen rufen denn auch kritische Stimmen auf den Platz. Hanisch⁴⁶⁰ spricht gemeinhin von einer Krise des Insolvenzrechtes oder vom Konkurs des Konkurses, während OR 725 für Schaub⁴⁶¹ in der Praxis eine stumpfe Waffe ist und Ochsner⁴⁶² die Meldegrenze von Abs. 3 vorverlegen möchte. Unter diesem allgemeinen Blickwinkel drängt sich also eine strenge Beurteilung in der Überschuldungsfrage geradezu auf, soll ein wirksamer Gläubigerschutz nicht zur Illusion werden.

Zusammenfassend sei festgehalten: Falls die Verwaltung der Pflicht von g OR 725 III nicht nachkommt, hat sie für den deswegen entstandenen Schaden einzustehen⁴⁶³. Mit einem Rangrücktritt indessen kann sie je nach Einzelfall die Möglichkeit eines Schadens und somit das Risiko, mit Erfolg zur Verantwortung gezogen zu werden, verkleinern, aber nicht hundertprozentig ausschliessen.

454 Duss 82.

455 Duss 79 lit. a.

456 SemJud 85 (1963) 119 f.

457 Allerdings besteht hier eine Einschränkung, weil das Gericht zum konkreten Fall auf S. 120 bemerkt, die AG sei schon vor der schädigenden Vereinbarung der Konkurrenz zu überschuldet gewesen, als dass eine Sanierung hätte ins Auge gefasst werden können. (Das kritisieren Guhl/Merz/Kummer § 68 II 3 lit. d S. 671.)

458 Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1945 S. 533, 1950 S. 475, 1955 S. 535, 1965 S. 518 und 1975 S. 532.

459 Hanisch, BJM 1977, 162 bei Anm. 8.

460 Hanisch, BJM 1977, 161 ff., insbes. 178.

461 Schaub, ST 47 (1973) 164 f.

462 Ochsner 100.

463 Vgl. vorn N 95 bei Anm. 391 und hinten N 105a.

100 **Bedingter Schulderrlass**⁴⁶⁴, **Besserungsscheinschuld** oder **Gewinnstilgungsschuld**⁴⁶⁵ in genügender Höhe vermögen eine Überschuldung zu beseitigen. Wie bereits dargelegt⁴⁶⁶, befreien Sanierungsmöglichkeiten grundsätzlich nicht von der Anzeigepflicht. Indessen wird man bei einer sanierten Gesellschaft keinen Schaden wegen des unterlassenen Avis vorfinden. Deshalb kann die Verwaltung, wenn sie sich der vorgenannten Möglichkeiten bedient, einer allfälligen diesbezüglichen Verantwortlichkeitsklage guten Mutes entgegensehen.

101 Der Bundesrat ist berechtigt, gestützt auf Art. 5 der Schluss- und Übergangsbestimmungen zum Obligationenrecht bei ausserordentlichen wirtschaftlichen Verhältnissen von den gesetzlichen Bilanzierungsvorschriften abweichende Bestimmungen zu erlassen⁴⁶⁷. Solche **Sondernormen** können Ausnahmen von der Benachrichtigungspflicht zur Folge haben⁴⁶⁸.

102 **Überblick:** Die Verwaltung darf m.E. in folgenden Fällen von der Überschuldungsanzeige absehen:

- wenn sich die Überschuldung anlässlich eines Sanierungsverfahrens nach OR 735, bei dem die benötigten Geldmittel bereits gesichert sind, ergibt⁴⁶⁹,
- wenn sie das Gericht um Nachlassstundung ersucht⁴⁷⁰ oder
- wenn eine Sonderbestimmung des Bundesrates vorliegt⁴⁷¹.

In allen andern Fällen hat die Verwaltung den Richter zu informieren. Ob und wie weit sie dafür einstehen muss, falls sie es unterlässt, ist allerdings eine andere Frage.

103a Eine Überschuldung besteht, sobald in einer Bilanz zu Veräusserungswerten die Aktiven die Gläubigerforderungen nicht mehr decken⁴⁷². Die

464 Vgl. dazu Duss 29 Ziff. 1.; ferner Mertens § 92 N 17 a.E.; Meyer-Landrut § 92 Anm. 7.

Gemäss Kammertagung 1979, 221 Ziff. 4.31, 237 Ziff. 4.3, 239 besteht eine Überschuldung trotz bedingten Schulderrlasses weiter.

465 Vgl. dazu Duss 30 Ziff. 4, 40 Ziff. 4; Herget, AG 19 (1974) 139 Ziff. II 2, 143; Pestalozzi, SAG 41 (1969) 9 Ziff. 20; RB ORK Zürich 1942 Nr. 33 (= ZBl 44 (1943) 115 ff. = ZR 41 (1942) Nr. 127); ferner Boemle 447; Kammertagung 1979, 221 Ziff. 4.2, 237 Ziff. 4.2; Mertens § 92 N 17 a.E.; Meyer-Landrut § 92 Anm. 7.

466 Vorn N 96.

467 Vgl. dazu Bürgi Art. 667 N 14 und Stauffer Schl- und ÜbBest. Art. 5, insbes. N 10 f. und die bei diesen Autoren zit. Literatur.

468 Vgl. Bürgi Art. 667 N 14; Stauffer Schl- und ÜbBest. Art. 5 N 2, 6 N 33 ff.

469 Vorn N 96.

470 Vorn N 97.

471 Vorn N 101.

472 Siehe vorn N 75.

Anzeigepflicht beginnt indessen nicht, wenn eine Überschuldung materiell vorliegt, sondern wenn sie erkennbar geworden ist (subjektives Moment)⁴⁷³, d.h. *in dem Zeitpunkt, in welchem die Verwaltung von der Überschuldung weiss oder wissen muss*^{474, 475}. Die Verwaltung hat nämlich über die finanzielle Lage der AG immer so im Bild zu sein, dass sie eine Überschuldung rechtzeitig erkennen kann⁴⁷⁶.

Die Frage, ob die Verwaltung eine Überschuldung kennt oder nicht, gibt zu keinen besonderen Problemen Anlass. Schwierig hingegen ist es zu beurteilen, ob und von welchem Augenblick an sie eine Überschuldung erkennen muss. Um eine Überschuldung festzustellen, bedarf es einer Bilanz zu Veräusserungswerten⁴⁷⁷. Ist keine solche errichtet worden, hat man zu prüfen, ob sie errichtet werden soll, und wenn ja, ob sie eine Überschuldung ergibt. Ob eine Bilanz zu Veräusserungswerten errichtet werden soll, ist identisch mit der Frage, ob begründete Besorgnis einer Überschuldung vorliegt, denn das Gesetz⁴⁷⁸ verlangt bei begründeter Besorgnis⁴⁷⁹ einer Überschuldung eine Bilanz zu Veräusserungswerten. Man muss daher untersuchen, wann begründete Besorgnis besteht und somit, wann von einer Bilanz zu Fortführungswerten auf eine Bilanz zu Veräusserungswerten umzustellen ist⁴⁸⁰. Das Gesetz enthält diesbezüglich keine Angaben. Dadurch bleibt es

473 BGE 30 II 319/20 (= ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 40 ff.), 27 II 103/04 (= SemJud 23 (1901) 90 ff.); ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 38.

474 BGE 30 II 320 (= ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 40 ff.), 27 II 104 (= SemJud 23 (1901) 90 ff.); ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 70 E 10 (= SAG 50 (1978) 26 ff. = ST 50 (1976) H 1 S. 6 ff., 25 f., H 9 S. 24 ff., 28 ff.; besprochen bei Bossard, ST 50 (1976) H 9 S. 2 ff. (= ST 51 (1977) H 2 S. 18 ff.); Speck, SHZ Nr. 42 vom 14. Oktober 1976 S. 13; Zogg, SAG 50 (1978) 30 ff.; vgl. auch Berweger 169 ff., insbes. 174 ff.; A. Hirsch, ST 50 (1976) H 9 S. 12 f.); ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 38; Bachmann Art. 704 N 4; Bürgi Art. 725 N 11 Abs. 1; Giroud 287; Herold, SJZ 30 (1933/34) 146 Ziff. 2; Schucany Art. 725 N 3. Vgl. zur Beweislast SJZ 37 (1940/41) 317 Nr. 61.

475 Die Frage nach dem Beginn der Anzeigepflicht ist zugleich die Frage nach dem Verschulden bei der Verantwortlichkeit (vgl. hinten N 105a).

476 Funk Art. 725 N 2 Abs. 2; ebenso Bürgi Art. 725 N 11 Abs. 2; ferner Herget, AG 19 (1974) 137; Meyer-Landrut § 92 Anm. 8.

477 Vgl. vorn N 75, 82 ff. Die Bilanz zu Veräusserungswerten ist notwendige Voraussetzung für die Überschuldungsanzeige (vorn N 88).

478 OR 725 II.

479 Die Bilanz zu Veräusserungswerten hat für die AG nur dann Folgen, wenn sie eine Überschuldung ausweist. Ohne dass eine Überschuldung vorliegt, wird der Konkurs nicht eröffnet (vgl. die Kritik Ochsners 100 zu dieser Grenze). Dass sich begründete Besorgnis auf eine schon bestehende und nicht auf eine zukünftige Überschuldung bezieht, ist deshalb m.E. nicht "unklar" (so Bossard, ST 50 (1976) H 9 S. 6 Sp. 2, der allerdings auf S. 8 Sp. 3 Mitte festhält, dass gemäss Gerichtspraxis auf eine bestehende Überschuldung abzustellen sei).

480 Das ist eine Tatfrage und keine Rechtsfrage, Hunziker 45 f. Ziff. 6.5. A.M. Bossard, ST 50 (1976) H 9 S. 8 Sp. 3.

anpassungsfähig, d.h. es ermöglicht eine auf den konkreten Fall zugeschnittene Lösung und man kann den Besonderheiten der betreffenden AG Rechnung tragen. Diese Flexibilität bewirkt indessen, dass denjenigen, welche den Verdacht einer Überschuldung zu hegen haben, gesetzliche Richtlinien, wann begründete Besorgnis vorliegt, fehlen. Sie müssen sich daher anderweitig behelfen und sich anhand der einschlägigen Kenntnisse sowie der allgemeinen Erfahrung in der Branche orientieren. Das dabei vorauszusetzende Wissen ist je nach den Umständen verschieden⁴⁸¹. Das Zürcher Obergericht⁴⁸² hat im Falle einer Genossenschaft entschieden, es sei auf die zuzumutende Sorgfalt und Umsicht bei ordnungsmässiger Geschäftsführung abzustellen. Mangelnde Kenntnisse und Unerfahrenheit vermögen die Verwaltung nicht zu entschuldigen⁴⁸³. Wenn ihr die notwendigen Fähigkeiten in gewissen Punkten abgehen, hat sie gegebenenfalls einen Fachmann beizuziehen⁴⁸⁴. Im folgenden seien anhand der Judikatur und der Literatur Symptome festgehalten, welche geeignet sein können, begründete Besorgnis auszulösen.

- d Begründete Besorgnis einer Überschuldung ergibt sich in der Regel aus dem *ordentlichen Abschluss* oder aus *Zwischenabschlüssen*⁴⁸⁵. Ob ein Status geradezu errichtet werden muss, wenn in den vorgenannten Bilanzen die Aktiven die Gläubigerforderungen nicht mehr decken⁴⁸⁶, oder ob diese nur Indikatoren sind⁴⁸⁷, bleibe dahingestellt. Auf alle Fälle vermögen diese Abschlüsse aufgrund ihrer Aussagen begründete Besorgnis einer Überschuldung zu erregen. Gemäss A. Hirsch⁴⁸⁸ ist in allen bisher richterlich geprüften Fällen die Überschuldung aus der Betriebsbilanz zu ersehen gewesen. Und weiter, allerdings aus der Sicht der Kontrollstelle, sagt er, das Bundesgericht habe bis jetzt bei einer ausgeglichenen Betriebsbilanz nie gestützt auf OR 725 II das Fehlen einer Bilanz zu Veräusserungswerten beanstandet. Aber geradezu anzunehmen, die Geschäftsführung, welche eine Überschuldung befürchte, sei berechtigt, vor einer Bilanz zu Veräusserungswerten eine solche zu Fortführungswerten zu errichten und, falls diese letzte volle Deckung der Schul-

481 Vgl. Forstmoser, Verantwortlichkeit N 215.

482 ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 38; vgl. auch Henze 46 bei Anm. 4.

483 Anstelle vieler Forstmoser, Verantwortlichkeit N 214 und Meier-Wehrli 31 bei Anm. 84.

484 Forstmoser, Verantwortlichkeit N 216.

485 ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 38; Gentinetta 44; Helbling, Bewertungsprobleme 87; Herold, SJZ 30 (1933/34) 146 Ziff. 2; vgl. auch das Beispiel bei Beeler 201; ferner Carry SJK 803 S. 7; Janggen/Becker Art. 817 N 8; Weidmann 20. Ähnlich Käfer Art. 960 N 454 a.E. Kammertagung 1979, 218 Ziff. 3.1, 230 Ziff. 3.1.

486 Beeler 200 Ziff. 2; ders., SJZ 47 (1951) 258 a.F.; Blumer/Graf 185 a.E.; Marmy 24 Anm. 5.

487 Baumann 56 nach Anm. 4.

488 A. Hirsch 32 Ziff. 1.2.

den ergäbe, gewöhnlich, d.h. wenn darin nicht grosse Aktiven fiktiv oder übersetzt sind, auf einen Status zu verzichten⁴⁸⁹, geht m.E. zu weit. Die Betriebsbilanz ist wohl der häufigste Fall, welcher zu begründeter Besorgnis Anlass gibt, jedoch nicht der einzige. Begründete Besorgnis kann ebenso aus andern Momenten hervorgehen⁴⁹⁰. Da sie zu den verschiedensten Zeitpunkten während eines Geschäftsjahres auftritt⁴⁹¹, darf die Verwaltung nicht einfach bis zum nächsten Abschluss zuwarten, bevor sie etwas unternimmt⁴⁹². Dass in der Jahresbilanz die Aktiven die Schulden decken und weder Gesetz noch Statuten eine Zwischenbilanz verlangen, entschuldigt deshalb die Verwaltung nicht⁴⁹³. Das Revisionshandbuch⁴⁹⁴ legt denn auch nahe, ebenfalls nach dem Bilanzstichtag eintretende Veränderungen im Hinblick auf OR 725 II im Auge zu behalten.

Für die begründete Besorgnis sind alle Umstände zu betrachten⁴⁹⁵. Solche Gegebenheiten, ausser einer Bilanz zu Fortführungswerten, können sein: ganz allgemein nachteilige Vermögensveränderungen⁴⁹⁶, d.h. grosse, eingetretene Verluste⁴⁹⁷ wie beispielsweise Preiszerfall⁴⁹⁸, erhebliche Währungsverluste⁴⁹⁹, Einbussen auf im Ausland liegenden Werten zufolge politischer Ereignisse⁵⁰⁰, Wegfall von Absatzmärkten⁵⁰¹, verfehlte Spekulationen⁵⁰², beträchtliche Abstriche auf Debitoren⁵⁰³ (etwa weil ein bedeu-

489 Janggen/Becker Art. 817 N 10.

490 BGE 30 II 320 (= ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 40 ff.), 27 II 104 (= SemJud 23 (1901) 90 ff.); Botsch 256; Bachmann Art. 657 N 3, 704 N 4; Curti, Handelsrecht 310; Gentinetta 43/44; Giroud 285; Henze 46; Herold, SJZ 30 (1933/34) 146 Ziff. 2; R. Müller 33; SAG 25 (1952/53) 55; Schech 24; Schucany Art. 725 N 2; vgl. auch Max XI (1966) Nr. 507 S. 527 Ziff. 1 (= BISchK 32 (1968) 94 Ziff. 1); Beeler 200 Ziff. 2 und SJZ 47 (1951) 258 a.E.

491 Vgl. Gutzwiller Art. 903 N 7 Abs. 1.

492 Vgl. Blumer/Graf 185; Giroud 287; Ochsner 100; Schech 24; Weidmann 20.

493 ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 38.

494 Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.2532 Ziff. 2.3 S. 178; vgl. auch Teil 3.4 Abschnitt 3.4306 S. 12; Bättig 93 Anm. 435; Helbling, Bewertungsprobleme 87 a.E. Zu den Ereignissen nach dem Bilanzstichtag vgl. Rolf Küng, ST 54 (1980) H 5 S. 26 ff.; ferner Käfer, nachträgliche Ereignisse 162 ff.

495 Curti, Handelsrecht 310.

496 Vgl. Schech 23 nach Anm. 43.

497 Fellmann 76; Henze 46; Kammertagung 1979, 219 Ziff. 3.221; Ochsner 36 bei Anm. 38; W. v. Steiger Art. 817 N 8; Weidmann 20.

498 W. v. Steiger Art. 817 N 8.

499 Helbling, Bewertungsprobleme 87; Henze 46; Ochsner 36 Anm. 38.

500 Ochsner 36 Anm. 38.

501 Helbling, Bewertungsprobleme 87; Kammertagung 1979, 219 Ziff. 3.222.

502 Henze 46; vgl. auch Helbling, Bewertungsprobleme 87.

503 Beeler 200 Ziff. 2 und SJZ 47 (1951) 258 a.E.

tender Schuldner Konkurs geht⁵⁰⁴), Schadenersatzpflichten⁵⁰⁵ sowie Niederlagen in Prozessen⁵⁰⁶. Weiter sind zu nennen: die schlechte Finanzlage⁵⁰⁷ (so bei Illiquidität⁵⁰⁸, die aber nicht Pflicht, einen Status zu erstellen, bedeutet⁵⁰⁹), eine schmale Eigenkapitalbasis⁵¹⁰ oder die Finanzierungsmittel⁵¹¹.

- f Da das Erkennen einer Überschuldung bzw. die begründete Besorgnis dazu in das Gebiet der Büchersachverständigen gehört⁵¹², stammen verschiedene Vorschläge dazu aus ihren Kreisen. Die Grundhaltung lautet, dass man so lange zu Fortführungswerten bilanzieren dürfe, als die Geschäftsergebnisse gestatten, das Unternehmen weiterzuführen⁵¹³. Dabei seien einmalige Verluste, von denen sich die Gesellschaft wieder erholen werde, nicht zu berücksichtigen⁵¹⁴. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht vertreten Bachmann⁵¹⁵, Fellmann⁵¹⁶ sowie J. und E. Henggeler⁵¹⁷ einen ähnlichen Standpunkt. Für Ochsner⁵¹⁸ hingegen, der sich auf Schucany und F. v. Steiger beruft, reichen bereits irgendwelche Zweifel an der vollen Deckung der Schulden aus, um einen Status errichten zu müssen. Der Treuhandsjurist Druey⁵¹⁹ meldet zur

504 Helbling, Bewertungsprobleme 87.

505 W. v. Steiger Art. 817 N 8.

506 Helbling, Bewertungsprobleme 87; Ochsner 36 Anm. 38.

507 Ochsner 36 bei Anm. 38. Vgl. für verschiedene Genossenschaftsarten die Beispiele bei Gutzwiller Art. 903 N 7.

508 Bürgi Art. 725 N 9 Abs. 1 a.E.; Herold, SJZ 30 (1933/34) 146 Ziff. 2; Kammertagung 1979, 219 Ziff. 3.221; Schech 23 nach Anm. 43. Dazu sagt Helbling, Bewertungsprobleme 89 Ziff. 3.4.2. a.E., dass man in der Schweiz erst spät, d.h. wenn die Illiquidität unabdingbar erscheint, auf eine Bilanz zu Verauswertungswerten umstelle.

509 BGE 30 II 320 (= ZR 4 (1905) Nr. 29 S. 41); Bachmann Art. 704 N 4; vgl. auch Helbling, Bewertungsprobleme 88 Ziff. 3.4.2. A.M. Brosset/Schmidt II 252.

510 Vgl. das Beispiel in ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 77 E 5 (vollständig zit. in Anm. 474) und den Kommentar dazu von Bossard, ST 50 (1976) H 9 S. 5 Ziff. 7 a.E. (= ST 51 (1977) H 2 S. 18 ff.). Ferner Helbling, Bewertungsprobleme 82, 94 Ziff. 6; Kammertagung 1979, 219 Ziff. 3.221.

511 Vgl. BGE 33 II 184/85 bei einer natürlichen Person. Das gilt m.E. ebenfalls für juristische Personen, wie auch ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 77 E 5 (vollständig zit. in Anm. 474) zeigt.

512 Vgl. auch Hunziker 46.

513 Druey, ST 52 (1978) H 12 S. 31 (= NZZ Nr. 258 vom 6. November 1978 S. 9); Giroud 284/85 (übernommen von F. v. Steiger, Genossenschaftsrecht 135 a.E. und Weidmann 20 vor Anm. 21); Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.232 S. 18. Vgl. auch Helbling, Bewertungsprobleme 87; hingegen Weidmann 129.

514 Giroud 285; vgl. auch Helbling, Bewertungsprobleme 87.

515 Bachmann Art. 704 N 3 S. 276.

516 Fellmann 76.

517 J. und E. Henggeler 41/42.

518 Ochsner 36 bei Anm. 37.

519 Druey, ST 52 (1978) H 12 S. 31 (= NZZ Nr. 258 vom 6. November 1978 S. 9).

Ansicht der Revisionsfachleute Bedenken an und fragt sich, ob das Praxisbedürfnis auch dem Gesetzestext entspreche. Die Unsicherheit besteht zu Recht. M.E. betrachten die Büchersachverständigen OR 725 II und III zu sehr von der unternehmerischen Warte. Man darf aber nicht vergessen, dass das Gesetz weniger das Wohlergehen des Unternehmens als vielmehr dasjenige der Gläubiger vor Augen hat⁵²⁰. M.a.W. vor dem Unternehmen sind die Gläubiger zu schützen. (Bis jetzt scheint die in Aussicht gestellte Revision des Obligationenrechtes diesbezüglich keine Veränderungen zu bringen⁵²¹.) Das kann für die Gesellschaft einen verheerenden Ausgang haben und es ist verständlich, dass man diesen abwenden möchte, solange es betriebswirtschaftlich noch möglich ist. Indessen ist zu bedenken, dass OR 725 I mit seinen Folgen bei Verlust des halben Grundkapitals ein Warnsignal setzt. Von diesem Augenblick an bis zum Eintritt einer Überschuldung verfügt die Verwaltung noch über eine Zeitspanne, während der sie geeignete Massnahmen gegen einen ungünstig verlaufenden Geschäftsgang ergreifen kann. Nachher ist es gemäss Gesetz zu spät; das unternehmerische Risiko würde dann von den Gläubigern getragen. Deshalb sind nach meinem Dafürhalten, wenn es darum geht, eine Überschuldung erkennen zu müssen, hohe Anforderungen an die Verwaltung zu stellen⁵²². Überdies sei in diesem Zusammenhang auf die durchschnittlich niederen Konkursdividenden hingewiesen, die ebenfalls nach strengeren Massstäben rufen, um einen wirkungsvollen Gläubigerschutz zu gewährleisten⁵²³.

Im Rückblick nochmals die wichtigsten Punkte: Verschiedene Momente können geeignet sein, begründete Besorgnis einer Überschuldung auszulösen; es ist auf den Einzelfall abzustellen. Dabei darf man nicht vergessen, dass die betriebswirtschaftlich wünsch- und machbaren, ja manchmal geradezu einzig vernünftigen Lösungen nicht immer mit dem Gesetz übereinstimmen⁵²⁴.

Die **Anzeigepflicht** der Verwaltung **endet** mit dem Wegfall der Überschuldung⁵²⁵ oder mit dem Eintritt der AG ins Liquidationsstadium⁵²⁶. Für das

520 Vgl. vorn N 76 und N 83 a.E.

521 Vgl. Vorentwurf der Eidg. Justizabteilung vom September 1975 zur Teilrevision des Aktienrechts Art. 730d.

522 "Wer über fremdes Vermögen und über fremde Interessen bestimmen kann, der muss es sich gefallen lassen, dass man in Bezug auf seine Sorgfaltspflicht einen strengen Massstab an ihn legt" (Locher 97 vor Anm. 15).

523 Vgl. vorn N 99f.

524 Dieser Diskrepanz sollte man sich bei der Revision des Aktienrechts bewusst sein.

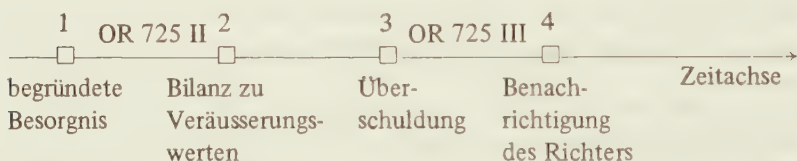
525 Z.B. dank einer erfolgreichen Sanierung auf eigene Faust, d.h. ohne Mitwirkung des Richters, welche zwar nicht gestattet ist, aber wegen ihrer Wirkung keine abträglichen Folgen nach sich zieht. Vgl. auch vorn N 96d, 100.

526 Diejenigen Mitglieder der Verwaltung, welche allenfalls die Liquidation durchführen (vgl. OR 740 I), unterliegen dann der Liquidatorenhaftung (vgl. hinten N 110).

einzelne Verwaltungsratsmitglied hört sie zudem mit dem Ausscheiden (Rücktritt, Abberufung, Tod) aus dem Verwaltungsrat auf⁵²⁷. Bestand eine Überschuldung noch vor diesem Zeitpunkt, hat es für den Schaden infolge des unterlassenen Avis einzustehen. (Es vermag sich seiner Pflicht nicht zu entziehen, indem es sein Amt niederlegt⁵²⁸.) Tritt eine Überschuldung erst nachher ein, kann man es nicht mehr zur Verantwortung ziehen⁵²⁹.

105a Wenn die Verwaltung die **Anzeigepflicht verletzt**, hat sie für den deswegen entstandenen Schaden einzustehen^{530,531}. Von den Voraussetzungen der Verantwortlichkeit⁵³² sei das Verschulden hervorgehoben, weil dieses subjektive Moment die Pflicht, den Richter zu informieren, überhaupt auslöst⁵³³. Dazu sei auf die Ausführungen zum Beginn der Benachrichtigungspflicht⁵³⁴ verwiesen und hier nur nochmals die wichtigsten Punkte schematisch festgehalten:

— Ablauf bei korrektem Verhalten der Verwaltung:



527 Henze 47; Fellmann 79 (GmbH); vgl. auch Forstmoser, Verantwortlichkeit N 522.

528 Henze 47; vgl. auch Forstmoser, Verantwortlichkeit N 523 f.; ferner Godin/Wilhelmi § 92 Anm. 8.

529 Vgl. ZR 4 (1905) Nr. 28 S. 36/37.

530 BGE 99 Ia 16 (= Pr 62 Nr. 120 = JdT 122 (1974) II 53 ff.), BGE vom 15. Juli 1941 (Haldimag) in SAG 14 (1941/42) 65; SJZ 31 (1934/35) 139 Nr. 25, 27 (1930/31) 55 Nr. 11 (= RB OGer Thurgau 1929, 54 Nr. 24); Baehmann Art. 657 N 3; Brosset/Schmidt II 250; Curti, Aktiengesellschaft 185; ders., Handelsrecht 310; Duss 72 Ziff. 1; Funk Art. 725 N 2 letzter Abs.; Giroud 236; Henze 48, 140; Kammertagung 1979, 223 Ziff. 4.6, 240 Ziff. 4.6; Locher 83; Marmy 16, 20 lit. F; Patry, précis II 172; SAG 25 (1952/53) 55; Schucany Art. 725 N 3; Werner 14 Ziff. 1; für die GmbH: Fellmann 78, 79/80; Janggen/Becker Art. 817 N 11; W. v. Steiger Art. 817 N 12; für die Genossenschaft: ZR 4 (1905) Nr. 28 S. 36; R. Müller 33. Vgl. auch Duss 72 f.

Beispiele: Verantwortlichkeit bejaht: BGE vom 23. September 1942 in SAG 15 (1942/43) 56; Verantwortlichkeit verneint: BGE 34 II 31 E 5; ZR 8 (1909) Nr. 193 E 2; RB OGer Thurgau 1978 Nr. 15 S. 77 Ziff. 3 (kein Schaden).

531 Zum Verhalten des einzelnen Mitgliedes vgl. Meier-Wehrli 31/32.

532 Hier ist nur von der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit die Rede. Allfällige strafrechtliche Aspekte bleiben in dieser Arbeit unberücksichtigt.

533 Für die andern Voraussetzungen (Schaden, adäquater Kausalzusammenhang, Widerrechtlichkeit) vgl. beispielsweise Oftinger §§ 2, 3, 4 im allgemeinen sowie Forstmoser, Verantwortlichkeit N 125 ff., 175 ff., 186 ff. und Schiess 21 ff., 46 f., 47 ff., 49 ff. für die AG im besonderen.

534 Vorn N 103.

Bei begründeter Besorgnis einer Überschuldung (1) hat die Verwaltung aufgrund von OR 725 II eine Bilanz zu Veräusserungswerten zu errichten (2)⁵³⁵. Diese ergibt, ob die Aktiven die Gläubigerforderungen noch zu decken vermögen oder nicht (3). Falls eine Überschuldung vorliegt, verlangt OR 725 III den Avis an den Richter (4).

– Ist nach Eintritt einer Überschuldung (3) deren Anzeige an den Richter (4) unterblieben, hat man sich rückblickend zu fragen:

a) Hat die Verwaltung die Überschuldung gekannt (aufgrund einer Bilanz zu Veräusserungswerten, 2)?

Wenn ja → Verschulden,

wenn nein → b).

b) Hat die Verwaltung die Überschuldung kennen müssen bzw. bestand damals begründete Besorgnis einer Überschuldung (1) und demzufolge gemäss OR 725 II die Pflicht, eine Bilanz zu Veräusserungswerten zu erstellen?

Wenn nein → kein Verschulden,

wenn ja → Verschulden.

Ob die vorgefallenen Ereignisse, Entwicklungen usw. Anlass zu begründeter Besorgnis hätten geben sollen, ist anhand des Einzelfalles zu beurteilen.

Die Verletzung der Anzeigepflicht hat nebst der Verantwortlichkeit der b Verwaltung noch andere Folgen. So stellt das Bestehen einer Überschuldung, welche nicht dem Richter gemeldet ist, einen wichtigen Grund i.S.v. OR 736 Ziff. 4 zur Auflösung der AG dar⁵³⁶. (Eine Klage gegen den Verwaltungsrat auf Überschuldungsanzeige gibt es nicht⁵³⁷.) Der Boykott gegen eine über-

535 In der Praxis betrachtet man oft nur die Veräusserungswerte einzelner Bilanzpositionen. Ergibt sich eindeutig, dass bereits diese die Gläubigerforderungen zu decken vermögen, verzichtet die Verwaltung auf eine vollständige Bilanz zu Veräusserungswerten, weil schon so nachgewiesen ist, dass keine Überschuldung vorliegt. Ein Beispiel: Wenn bei Liegenschaften die Assekuranzwerte oder die Steuerwerte, Grössen, welche leicht zu ermitteln sind und in der Regel unter den effektiven Veräusserungswerten liegen, den Gläubigerforderungen mindestens ebenbürtig sind, wird ein weitergehender Status unterlassen. Diese kurze Prüfung versieht den gleichen Zweck wie eine ausführliche Bilanz zu Veräusserungswerten, ist aber wesentlich weniger arbeitsaufwendig und kostspielig. M.E. ist dieses Vorgehen gesetzeskonform.

536 Vgl. SemJud 92 (1970) 170; Bürgi Art. 725 N 14 Abs. 2; Marmy 20 lit. E; Steiner, SAG 12 (1939/40) 77.

537 Duss 70 Ziff. 2; ebenso BGE 86 II 184 E 2c (vollständig zit. in Anm. 418), welcher die Frage nur für die Kontrollstelle, nicht aber für die Aktionäre oder Gläubiger beantwortet (vgl. auch A. Hirsch, organe 50 N 32 bei Anm. 24 und 93 N 91; ders., ST 42 (1968) 162 bei Anm. 13), ergänzt von Bürgi Art. 725 N 14 Abs. 1; ferner Henze 45 lit. c.

schuldete AG, die den Avis unterlassen hat, fügt dieser keinen Schaden zu⁵³⁸. Eine Überschuldung nicht anzuzeigen, um zu verhindern, dass die Bedingung, welche ein Rückkaufsrecht auslöst, nicht eintritt, verstösst gegen Treu und Glauben. Deshalb hat die Bedingung als erfüllt zu gelten, sofern nicht nachgewiesenermassen Konkursaufschub gewährt worden wäre⁵³⁹. Gemäss dem Tribunal cantonal de l'état de Fribourg⁵⁴⁰ sind Gelder, welche die Aktionäre einer überschuldeten Gesellschaft wesentlich leisten, um die Bilanz nicht beim Richter hinterlegen zu müssen, keine Darlehen, sondern Zuschüsse an das Aktienkapital. Das trifft ebenso auf Zahlungen Dritter zu, die offensichtlich für Aktionäre handeln.

106 Es ist den **Direktoren** nicht gestattet, eine Überschuldung ohne ausdrückliche Zustimmung des Verwaltungsrates dem Richter zu melden⁵⁴¹. Da der Verwaltungsrat seinen Willen durch Beschlüsse kundgibt⁵⁴², kann diese "ausdrückliche Zustimmung" nur ein Verwaltungsratsbeschluss sein. (Dieser ist zudem eine Voraussetzung für den Avis, derer sich der Richter zu vergewissern hat⁵⁴³.) M.a.W. ein oder mehrere Mitglieder des Direktoriums führen einen Verwaltungsratsbeschluss aus. Die Bilanz aus eigenem Antrieb zu deponieren, steht ihnen nicht zu. Umgekehrt sind sie auch nicht antragspflichtig⁵⁴⁴. Hingegen haben sie den Verwaltungsrat auf eine Überschuldung hinzuweisen und bei passivem Verhalten desselben alles im Rahmen ihrer Möglichkeiten Zumutbare zu unternehmen, um ihn zu einer Anzeige zu bewegen⁵⁴⁵. Andernfalls werden sie schadenersatzpflichtig.

107 Die **Generalversammlung** ist zur Überschuldungsanzeige nicht legitimiert⁵⁴⁶. Immerhin kann sie den Verwaltungsrat durch einen Beschluss beauftragen, den Richter zu benachrichtigen, und, wenn er untätig bleibt, die Mitglieder auswechseln (OR 705)⁵⁴⁷. Eine letzte Massnahme wäre die Auf-

538 SemJud 85 (1963) 119 f.; vgl. dazu die Ausführungen in N 99c.

539 BGE 99 II 288 f. (= JdT 122 (1974) I 157 ff. = JdT 122 (1974) II 64 = SemJud 96 (1974) 385 ff. = ZBGR 56 (1975) 118 ff. = ZBJV 111 (1975) 89 f., vgl. auch ZWR 8 (1974) 52 ff.).

540 SemJud 93 (1971) 214 f.

541 Bürgi Art. 725 N 12 Abs. 2; Duss 69 Anm. 136; Marmy 19. Vgl. auch vorn N 91 und 94.

542 Vorn N 93.

543 Vgl. vorn N 87a, 94.

544 Gentinetta 46 Ziff. III.

545 Ebenso Henze 44 lit. b bei Zahlungsunfähigkeit.

546 Siehe vorn N 91. Auf die grundsätzlichen Fragen im Verhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltung sowie die verschiedenen Theorien gehe ich nicht weiter ein. Vgl. dazu anstelle vieler Bürgi Vorbem. zu Art. 698–731 N 38 ff., Art. 721 N 9 ff. und Forstmoser/Meier-Hayoz § 16 N 3 ff.

547 Henze 44 lit. c; vgl. auch Bürgi Art. 725 N 14 Abs. 2.

lösung der AG aus wichtigem Grund⁵⁴⁸. Den Avis an den Richter vermag die GV indessen nicht direkt zu erzwingen⁵⁴⁹.

Einen auch einstimmig gefassten GV-Beschluss darf man nicht als Beschluss des Verwaltungsrates ansehen, selbst wenn alle Verwaltungsratsmitglieder anwesend waren und zur Entscheidung beigetragen haben⁵⁵⁰.

Wie bereits festgehalten⁵⁵¹, sind einzelne **Aktionäre** oder **Aktionärsgruppen** nicht berechtigt, bei einer Insuffizienz den Richter über die Lage der AG ins Bild zu setzen. Sie sind aber auch nicht dazu verpflichtet. Im Überschuldungsfalle stehen ihnen verschiedene Möglichkeiten offen. Sie können die Verwaltung zur Anzeige auffordern oder in einem weitergehenden Schritt, sofern sie wenigstens den zehnten Teil des Grundkapitals auf sich vereinigen, eine ausserordentliche Generalversammlung – unter Umständen mit Hilfe des Richters – einberufen lassen (OR 699 III, IV)⁵⁵². Mit der nötigen Mehrheit oder Unterstützung in der GV verfügen sie über deren Mittel⁵⁵³. Unabhängig davon bleibt ihnen als Ultima ratio, wenn sie zumindest einen Fünftel des Grundkapitals vertreten, die Auflösung der AG aus wichtigen Gründen zu verlangen⁵⁵⁴. Zwingen, d.h. einklagen auf Überschuldungsanzeige, können sie den Verwaltungsrat hingegen nicht⁵⁵⁵. 108

Die **Kontrollstelle** hat weder das Recht noch die Pflicht, eine Überschul- 109a
dung dem Richter anzuzeigen⁵⁵⁶. Dessenungeachtet warten ihr im Überschuldungsfall gewisse Aufgaben. Zur Prüfungspflicht der Revisoren gehört nämlich auch, sich zu vergewissern, ob nicht eine Überschuldung eingetreten sei^{557,558} und ob die Verwaltung diesbezüglich die gesetzlichen Vorschriften

548 Vgl. vorn N 105b bei Anm. 536 und hinten N 108 bei Anm. 554.

549 Vgl. vorn N 105b bei Anm. 537.

550 JdT 125 (1977) II 108.

551 Vorn N 91.

552 Bürgi Art. 725 N 12 letzter Abs.; Steiner, SAG 12 (1939/40) 77; vgl. auch SJZ 18 (1921/22) 95 Sp. 1 a.E.

553 Vgl. vorn N 107 und Bürgi Art. 725 N 14 Abs. 2.

554 Vgl. vorn N 105b und Anm. 536.

555 Vgl. vorn N 105b und Anm. 537.

556 Bättig 93 bei Anm. 438; ders., Bundesgerichtspraxis 44 Ziff. 1.4; Berweger 85 Ziff. 2.33322 a.E.; Duss 69 und Anm. 136, S. 72, 92; Giroud/Dober 164 lit. aa) a.E.; v. Greyerz 25 Ziff. 3.52; Henze 47 bei Anm. 9 i.V.m. 45 lit. d; A. Hirsch, ST 42 (1968) 162 lit. d; Kammertagung 1979, 223 Ziff. 4.5, 240 Ziff. 4.5; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.443 S. 19 (= ST 45 (1971) 48 Ziff. 3 a.E.). Vgl. auch vorn N 91 und Anm. 345, 348, insbes. BGE 99 Ia 16 (vollständig zit. in Anm. 324), der in diesem Punkt den von Schultz, ST 41 (1967) 294, zu Recht kritisierten BGE 93 II 29 (vollständig zit. in Anm. 558) m.E. wieder richtigstellt.

557 Bürgi Art. 728 N 13 Abs. 2; vgl. auch Bourquin, ST 53 (1979) H 1 S. 2; Graner, SAG 11 (1938/39) 146. Das Revisionshandbuch erwartet vor allem in kritischen Fällen eine entsprechende Kontrollführung (Teil 3.3 Abschnitt 3.32 S. 5).

558 Oft sind die Mitglieder der Kontrollstelle Büchersachverständige. Eine Überschuldung zu erfassen, fällt in ihr Gebiet (vgl. auch Hunziker 46). Aber auch bei den vom

- eingehalten habe. Bekanntlich muss der Verwaltungsrat bei Anzeichen einer Überschuldung eine Bilanz zu Veräusserungswerten errichten und, falls in dieser die Aktiven die Gläubigerforderungen nicht mehr decken, den Richter benachrichtigen (OR 725 II, III). Unterlässt er das ganz oder teilweise, hat die
- b Kontrollstelle zu handeln⁵⁵⁹. Hegt sie begründete Besorgnis einer Überschuldung⁵⁶⁰, so hat sie das dem Verwaltungsratspräsidenten mitzuteilen (OR 729 III)^{561, 562} und die Verwaltung gleichzeitig aufzufordern, eine

Gesetz zugelassenen Laienrevisoren darf man gewisse Kenntnisse, vor allem in der Buchführung, erwarten, damit sie ihre Aufgabe erfüllen können (Burgi Art. 728 N 50 Abs. 2). Zu diesen Mindestvoraussetzungen gehört ebenfalls, eine Insuffizienz festzustellen (vgl. auch den von Burgi in Art. 728 N 13 Abs. 2 umschriebenen Prüfungsauftrag). Fehlendes Fachwissen beseitigt oder verkleinert die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle für eine mangelhafte Revision nicht (Burgi Art. 728 N 50 Abs. 1 a.E.; Graner, SAG 11 (1938/39) 175 Ziff. V; F. v. Steiger 286). Das BGer hat im Entscheid 93 II 26/27 (= Pr 56 Nr. 92 = JdT 116 (1968) I 148 ff. = ST 41 (1967) 244 ff. = Pedrazzini Nr. 82; Kurzfassungen bei Berweger 167 ff. und A. Hirsch, ST 50 (1976) H 9 S. 12; besprochen bei Frey 115 ff.; A. Hirsch, ST 42 (1968) 158 ff.; Revisionshandbuch Teil 3.1 Abschnitt 3.122 Ziff. 4 S. 9; Schultz, ST 41 (1967) 289 ff.) vom Revisor verlangt, er habe, wenn ihm die Kenntnisse im Geschäftsbereich der geprüften AG abgehen, entweder einen Branchenfachmann beizuziehen oder das Mandat abzulehnen (vgl. auch Forstmoser, Verantwortlichkeit N 569; Kritik bei Frey 117; ferner Druey 17/18 Ziff. 2). – Zu den Anforderungen an den Fachmann im Falle eines Liegenschaftengutachters vgl. ZR 78 (1979) Nr. 134 F 5; ferner Ruppert, SJZ 76 (1980) 299 f.

- 559 Zumeist stellt die Kontrollstelle diese Mängel anlässlich der Revision fest. Sie hat auch Veränderungen nach dem Bilanzstichtag im Hinblick auf eine Überschuldung zu beachten (Bättig 93 Anm. 434 und 435; vgl. auch Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.2532 Ziff. 2.3 S. 178, ferner Teil 3.4 Abschnitt 3.4306 S. 12; weitere Hinweise in Anm. 494). Indessen ist sie nicht verpflichtet, die AG das ganze Jahr hindurch zu überwachen (v. Greyerz 22 Ziff. 3.23).
- 560 Die Kontrollstelle hat bei der Bilanzprüfung gegebenenfalls eine korrigierte Rechnung zu verlangen oder die bestehende zurückzuweisen (ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 71 E 11, vollständig zit. in Anm. 474; vgl. auch Berweger 85 Ziff. 2.33322; v. Greyerz, Vorbehalt 263; A. Hirsch, organe 153 N 180; Kammertagung 1979, 221 Ziff. 3.6, 236; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.442 S. 17 f.). Giroud/Dober 164 lit. aa) a.f. raten dem Revisor, die Bewertungen der Verwaltung wenn nötig nach den eigenen Wahrnehmungen abzuändern und je nach Ergebnis, das Erforderliche zu unternehmen. Das BGer geht noch weiter, indem es das Zürcher Handelsgericht bestätigt und eine Pflicht der Kontrollstelle zu einer konsolidierten Bilanz bejaht, wenn sie ohne diese ihre Aufgabe nicht erfüllen könne (ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 75 E 3c bzw. S. 71 E 10, vollständig zit. in Anm. 474, vgl. auch Berweger 172 f. Ziff. 3.373).
- 561 Diese Mitteilung hat sofort zu erfolgen. Verzug ist Pflichtverletzung. Auch der Hinweis im Kontrollstellenbericht ist bereits zu spät (Hunziker 44 f. Ziff. 6.4.; vgl. auch Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.442 Abs. 2 S. 17).
- 562 Aufgrund von OR 729 III gehe ich mit Bossard, ST 50 (1976) H 9 S. 6 Ziff. 10 (= ST 51 (1977) H 2 S. 18 ff.) nicht einig, dass dem Gesetz keine Verpflichtung der Kontrollstelle zu entnehmen sei, gegebenenfalls auf OR 725 hinzuweisen, sondern dass es sich hier um eine gewohnheitsrechtliche Pflicht handle. Kommt

Bilanz zu Veräusserungswerten zu errichten⁵⁶³. Leistet diese dem Folge, so prüfen die Revisoren daraufhin die Ordnungsmässigkeit des Status⁵⁶⁴. Ergibt er eine Überschuldung und hat die Verwaltung den Richter noch nicht informiert, so ist der Verwaltungsratspräsident darüber zu unterrichten (OR 729 III)^{561,562} und zugleich von der Verwaltung die Meldung an den Richter zu verlangen^{565,566}. Kommt die Verwaltung irgendeiner dieser Anforderungen nicht nach oder ist sie gar nicht vorhanden, muss die Kontrollstelle die Generalversammlung einberufen (OR 699 I)⁵⁶⁷, sie über die Lage orientieren (OR 729 III)^{568,569,562} und ihr beantragen, die Benachrichtigung

die Verwaltung, sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind, den Vorschriften von OR 725 II, III nicht nach, liegt ein Gesetzesverstoss vor (vgl. auch v. Greyerz 26 Ziff. 3.52, ähnlich Frey 114/15), den die Kontrollstelle gemäss OR 729 III zu melden hat (vgl. auch Hunziker 44/45; ferner Berweger 84 a.E.; A. Hirsch, ST 42 (1968) 161 Ziff. 4a; Kammertagung 1979, 214 Ziff. 1.1, 220 a.E., 223 Ziff. 4.5, 235 Ziff. 3.7).

563 Vgl. A. Hirsch, ST 42 (1968) 162 lit. c); Hunziker 45. A.M. v. Greyerz 23 Ziff. 3.32. 564 Bättig 93 nach Anm. 436.

565 Bättig 93 bei Anm. 436; Duss 69 nach Anm. 136, 72 Ziff. 1, 92; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.443 S. 19; a.M. v. Greyerz 25 Ziff. 3.52.

566 Sie anzuhalten, die GV einzuberufen, ist m.E. nicht nötig, denn die Verwaltung hat aufgrund der gesetzlichen Benachrichtigungspflicht unabhängig eines allfälligen GV-Beschlusses an den Richter zu gelangen (vgl. vorn N 95 bei Anm. 394 und dort angegebene Literatur).

567 Bättig 93 bei Anm. 437; Berweger 85 Ziff. 2.33322; v. Greyerz 26 Ziff. 3.52; Kammertagung 1977, 127; Kammertagung 1979, 220 Ziff. 3.6, 223 Ziff. 4.5, 236, 243; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.443 S. 19 (= ST 45 (1971) 48 Ziff. 3). Vgl. auch Bürgi Art. 708 N 28. Die Auffassung von Duss 69/70, wonach die Kontrollstelle ihren Pflichten an der nächsten ordentlichen Generalversammlung nachkommen muss, sofern schon bei einer Unterbilanz eine ausserordentliche Generalversammlung stattgefunden habe, teile ich nicht. Stellen die Revisoren eine Überschuldung aus irgendwelchen Gründen nicht anlässlich des ordentlichen Abschlusses, sondern im Verlaufe des Geschäftsjahres fest, kann es unter Umständen noch lange dauern bis zur nächsten ordentlichen Generalversammlung. M.E. darf die Kontrollstelle nur dann davon absehen, die GV einzuberufen, wenn das die Verwaltung bereits getan hat oder im Begriffe ist, es zu tun (a.M. Kammertagung 1979, 236).

568 BGE 93 II 27 E 4 (vollständig zit. in Anm. 558), 86 II 182 E 2b (vollständig zit. in Anm. 418); Bättig 93 bei Anm. 437; Duss 69 nach Anm. 137, 106 lit. b; ders., SAG 44 (1972) 11 a.E.; Frey 114/15; v. Greyerz 26 Ziff. 3.52; A. Hirsch, ST 42 (1968) 162 lit. c, d; Kammertagung 1977, 127; Kammertagung 1979, 220 Ziff. 3.6; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.443 S. 19 (= ST 45 (1971) 48 Ziff. 3); vgl. auch Bürgi Art. 729 N 18 i.V.m. N 14 Ziff. 3 lit. b) bb), N 19; Guhl/Merz/Kummer § 68 II 3 lit. d S. 671, § 68 III 3 lit. b S. 676; H.H. Weber 26 f. Das trifft auch im Falle eines Rangrücktritts (vorn N 99) zu; vgl. Duss 106 f.; Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.2523 Ziff. 3. S. 165, Teil 3.4 Abschnitt 3.444 S. 20; ferner Helbling, Massnahmen 125 Ziff. 2.5 a.E.

569 Die Mitteilung kann im Kontrollstellenbericht erfolgen (Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.41 S. 5/6; ferner Graner, SAG 11 (1938/39) 175, indessen 149 Ziff. 4; v. Greyerz, Vorbehalt 264), muss aber gemäss dem Zürcher Handelsgericht (ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 69 E 7, vollständig zit. in Anm. 474) nicht, denn es ist "allein

des Richters durch den Verwaltungsrat zu beschliessen⁵⁷⁰. Einen direkten Zwang auf die Verwaltung – und auch auf die GV – vermögen die Revisoren allerdings nicht auszuüben⁵⁷¹. Als letztes Mittel bleibt ihnen der Rücktritt, und zwar am besten noch an dieser Generalversammlung^{572, 573}.

- c Unterlässt die Kontrollstelle nur einen der vorerwähnten Schritte oder führt sie ihn verspätet aus, so hat sie für den deswegen eingetretenen Schaden einzustehen^{574, 575, 576}. Zu ihren Ungunsten wird überdies vermutet, die Verwaltung wäre bei gehörigem Verhalten der Revisoren ihrer Pflicht nach-

- wesentlich, dass sie an den Verwaltungsrat, eventuell an die Generalversammlung gelangt (v. Steiger, Aktiengesellschaft, 4. Aufl. S. 285)⁵⁷⁰. A.M. Groud 236; A. Hirsch 32 Ziff. 1.2; nicht eindeutig BGE 93 II 27 E 4 (vollständig zit. in Anm. 558). Ebenfalls erachtet Schultz, ST 41 (1967) 293 f., allerdings aus anderen Gründen, den Hinweis auf OR 725 im Kontrollstellenbericht als nicht unbedingt erforderlich.
- 570 BGE 86 II 182 E 2b (vollständig zit. in Anm. 418); Duss 106 lit. b; ders., SAG 44 (1972) 11 a.E.; Kammertagung 1979, 224 Ziff. 5, 241 Ziff. 5. M.E. gilt das ebenfalls bei einem Rangrücktritt; vgl. auch Revisionshandbuch Teil 2.2 Abschnitt 2.2523 Ziff. 3. S. 165 (anders noch in Teil 3.4 Abschnitt 3.444 S. 20, kritisiert von V. Müller 116).
- 571 BGE 86 II 184 E 2c (vollständig zit. in Anm. 418); ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 71 E 11 (vollständig zit. in Anm. 474); vgl. auch vorn N 105b bei Anm. 537.
- 572 Vgl. BGE 86 II 184 E 2c (vollständig zit. in Anm. 418); ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 72 E 11 (vollständig zit. in Anm. 474); Bättig 93 Anm. 437; Duss 70 Ziff. 2; Kammer-tagung 1979, 220 Ziff. 3.6; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.443 S. 19. Ferner Chicherio 83 ff.; A. Hirsch, ST 42 (1968) 162 63. Indessen Helbling, Mass-nahmen 128 Ziff. 3.5.
- 573 Den Vorschlag Bättigs 94 Anm. 439, der Revisor könne, wenn seine Anträge unbeachtet geblieben seien, allenfalls die Verschwiegenheitspflicht durchbrechen und an die direkt betroffenen Gläubiger gelangen, weil er deswegen wohl kaum Ver-antwortlichkeitsansprüche zu gewärtigen habe, finde ich nur schon wegen StGB 321 (Verletzung des Berufsgeheimnisses) gefährlich.
- 574 Siehe BGE 86 II 182 F 2a (vollständig zit. in Anm. 418); Bourquin, ST 53 (1979) H 1 S. 2; Duss 72 Ziff. 1; A. Hirsch 32 Ziff. 1.2, 34 Ziff. 1.4; Kammertagung 1979, 223 Ziff. 4.6, 240 Ziff. 4.6; Revisionshandbuch Teil 3.4 Abschnitt 3.443 S. 19 (= ST 45 (1971) 48); vgl. auch Henze 45 lit. d; Fellmann 77 lit. b (GmbH); ferner Chicherio 77. Als Beispiel, wo ein Schaden und somit die Haftbarkeit verneint wurde: ZR 78 (1979) Nr. 134 S. 311 E 7.
- 575 Wegen der Solidarhaftung von OR 759 kann der zu leistende Schadenersatz im Verhältnis zum begangenen Fehler wesentlich grösser sein. Vgl. beispielsweise die Kritik am IBZ-Entscheid (ZR 75 (1976) Nr. 21, insbes. S. 72 E 12, 78 E 7, voll-ständig zit. in Anm. 474) bei Bossard, ST 50 (1976) H 9 S. 9 (= ST 51 (1977) H 2 S. 18 ff.); Lutz, SHZ Nr. 42 vom 14. Oktober 1976 S. 17 und Speck, SHZ Nr. 42 vom 14. Oktober 1976 S. 13. Ferner v. Greyerz, Verantwortlichkeit 60 ff. mit Hinweisen und einem legislatorischen Postulat auf S. 63 Ziff. 3.2. Trotzdem hält das Zürcher OGer an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fest (ZR 78 (1979) Nr. 134 E 13 mit weiteren kritischen Zitaten).
- 576 Zu den Massnahmen, um Verantwortlichkeitsklagen zu vermeiden, vgl. aus der Sicht des Juristen V. Müller und aus der Sicht des Revisors Helbling, Massnahmen; ferner Giezendanner 138 ff., insbes. 142 ff.; Helbling, Bewertungsprobleme 94 f.

gekommen⁵⁷⁷. Ferner hat die Kontrollstelle sämtliche ihrer im Überschuldungsfall obliegenden Aufgaben auch bei einer Einmann-AG zu erfüllen. Sie kann sich nicht davon befreien, weil Verwaltung und Generalversammlung identisch sind⁵⁷⁸.

Die Revisoren haben diejenigen Mängel zu melden, welche ihnen “bei richtiger Pflichterfüllung *nicht entgehen dürfen*”⁵⁷⁹. Da das Erkennen einer Überschuldung zu ihrem Prüfungsauftrag gehört, werden sie bei Untätigkeit der Verwaltung ebenfalls verantwortlich, wenn sie eine Insuffizienz übersehen haben, welche ihnen nicht hätte entgehen dürfen bzw. zu der sie begründete Besorgnis hätten haben müssen⁵⁸⁰.

Die Verantwortlichkeit der Kontrollstelle hört auf mit dem Erfüllen der d Pflichten oder dem Ablauf ihrer Amtsdauer (Rücktritt, Nichtwiederwahl, Abberufung, Tod bei einer natürlichen bzw. Untergang bei einer juristischen Person). Für Ereignisse vor diesen Zeitpunkten vermögen sich die Revisoren der Haftung nicht zu entziehen⁵⁸¹.

Befindet sich die AG im Liquidationsstadium, dann haben anstelle der 110 Verwaltung die **Liquidatoren** dem Richter eine Überschuldung zu melden⁵⁸². (Oft sind die Liquidatoren die gleichen Personen wie die Verwaltung⁵⁸³.) Kommen die Liquidatoren ihrer Pflicht nicht nach, werden sie für den dadurch verursachten Schaden verantwortlich⁵⁸⁴. Deshalb empfiehlt ihnen Bürgi⁵⁸⁵, in kritischen Fällen mindestens alle Trimester Zwischenbilanzen anzuordnen. Die Überschuldungsanzeige bei einer AG im Liquidations-

577 ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 72 E 11, vgl. auch S. 78 E 6 (vollständig zit. in Anm. 474). Kritik bei v. Greyerz, Verantwortlichkeit 58.

578 BGE 86 II 183/84 (vollständig zit. in Anm. 418); vgl. auch F. v. Steiger 286; ders., SAG 35 (1962/63) 265.

579 Bürgi Art. 729 N 17 letzter Abs.

580 Vgl. ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 70 E 9, 10, S. 77 E 5 (vollständig zit. in Anm. 474); Bättig 93 bei Anm. 435; Bourquin, ST 53 (1979) H 1 S. 2; A. Hirsch 32 Ziff. 1.2; Lutz, SHZ Nr. 42 vom 14. Oktober 1976 S. 17; ferner Hunziker 39/40. Weiter sei auf die Ausführungen bei der Verwaltung (vorn N 103) verwiesen, welche hier entsprechend gelten.

581 Vgl. BGE 86 II 184 E 2c (vollständig zit. in Anm. 418); ZR 75 (1976) Nr. 21 S. 72 E 11 (vollständig zit. in Anm. 474); Revisionshandbuch Teil 3.3 Abschnitt 3.32 S. 5; sinngemäss vorn N 104. Vgl. zur Amtsdauer auch BGE 86 II 176 ff. E 1c, d; Merz Art. 2 N 430; H.H. Weber 8 ff.; Widmer 21 ff.

582 Vgl. OR 743 II; Blumenstein, ZBJV 73 (1937) 362 a.E.; Bürgi Art. 739 N 30; Gentinetta 46 Ziff. III; Guhl SJK 402 Ersatzkarte S. 3; Heberlein 47 lit. c; Henze 47; Leemann 129; Locher 81 Ziff. 3; Schucany Art. 743 N 4; F. v. Steiger 344; Fellmann 79 (GmbH); R. Müller 33 (Genossenschaft) sowie vorn N 91.

583 Vgl. OR 740 I, II.

584 OR 754 II; SJZ 24 (1927/28) 203 Nr. 193; Heberlein 48, 62 ff.; Locher 83 Ziff. II, 98 Ziff. IV; vgl. analog vorn N 105a.

585 Bürgi Art. 744 N 26 Abs. 1; vgl. auch Heberlein 48 vor Anm. 53.

stadium bewirkt, dass der Richter den Konkurs eröffnen muss⁵⁸⁶. Den Konkursaufschub kann er nicht gewähren⁵⁸⁷, denn diese Möglichkeit ist vorgesehen, um eine überschuldete AG bei den gegebenen Umständen retten und weiterhin am Leben erhalten zu können; ein Motiv, welches bei einer AG in Liquidation wegfällt. Die Anzeigepflicht erlischt für den einzelnen Liquidator mit dem Ausscheiden aus seinem Amt⁵⁸⁸.

111 **Gläubiger** sind zur Überschuldungsanzeige nicht befugt⁵⁸⁹. Wie jedem anderen Gläubiger stehen auch dem Gläubiger einer AG die Möglichkeiten des SchKG offen, d.h. sie können entweder die Betreuung einleiten oder, sofern ein Grund dazu vorliegt, die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreuung nach SchKG 190⁵⁹⁰ verlangen⁵⁹¹. Anleiensgläubiger verfügen noch über ein weiteres Mittel: Deren Vertreter vermögen nämlich die Generalversammlung einzuberufen⁵⁹².

112 Jeglichen **anderen Dritten**, insbesondere dem Richter oder den Behörden, wie beispielsweise dem Konkursbeamten, fehlt die Legitimation, um bei einer Überschuldung die Konkurseröffnung zu erwirken⁵⁹³.

113 Die Legitimation zur Überschuldungsanzeige lässt sich wie folgt zusammenfassen: Recht, aber ebenso Pflicht dazu haben einzig die Verwaltung⁵⁹⁴, d.h. der Gesamtverwaltungsrat als solcher⁵⁹⁵, und im Falle einer Liquidation die Liquidatoren⁵⁹⁶, sonst niemand. Die Kontrollstelle und, sofern vorhanden, die Direktoren müssen unter den gegebenen Umständen nach besten Kräften auf die Meldung an den Richter hinwirken⁵⁹⁷. Kommt einer der vorgenannten Pflichtigen seiner Aufgabe nicht nach, so kann man ihn für den dadurch entstandenen Schaden zur Rechenschaft ziehen⁵⁹⁸.

586 OR 743 II a.E.

587 Bürgi Art. 744 N 14, 26 a.E.; Funk Art. 743 N 5; Heberlein 48 bei Anm. 55; Schucany Art. 743 N 4; F. Zimmermann Nr. 38 lit. d) bb) Abs. 2. Siehe auch hinten § 6 N 11n.

588 Henze 47; Fellmann 79; vgl. analog vorn N 104.

589 Siehe vorn N 91 und Anm. 349.

590 Vgl. vorn N 37 ff., insbes. 44, 46 ff., insbes. 50, 52 ff., insbes. 55, 57 ff., insbes. 60, 62 ff., insbes. 64.

591 Vgl. Bürgi Art. 725 N 14 a.E.

592 OR 699 I.

593 Vgl. vorn N 91 a.E. und 87a.

594 Vorn N 91, 95.

595 Vorn N 92.

596 Vorn N 91, 110.

597 Vorn N 109 (Kontrollstelle), 106 (Direktoren).

598 Vorn N 105 f., 109 f.

Wirkungen der Überschuldungsanzeige

Die Überschuldungsanzeige wirkt sich in verschiedener Hinsicht aus. Ist sie einmal abgegeben, kann man nicht mehr darauf zurückkommen⁵⁹⁹. Weiter bedeutet sie nicht die Eröffnung des Konkurses⁶⁰⁰. Der Richter hat nämlich zu prüfen, ob tatsächlich eine Insuffizienz vorliegt⁶⁰¹. Trifft das zu, muss er entweder die Konkurseröffnung aussprechen (OR 725 IV 1. Satz, 743 II letzter Satz) oder er kann diese bei den gegebenen Voraussetzungen aufschieben (OR 725 IV 2. Satz)⁶⁰². Eine andere Wahl hat er nicht. Decken in der Bilanz zu Veräusserungswerten die Aktiven die Gläubigerforderungen noch, darf er den Konkurs nicht eröffnen⁶⁰³.

Verfahren

Grundsätzlich entspricht das Verfahren bei einer Überschuldung demjenigen in der ordentlichen Konkursbetreibung⁶⁰⁴, denn SchKG 194 verweist auf die meisten der einschlägigen Vorschriften. Eine Ausnahme bildet SchKG 168. Daraus ergibt sich, dass das Gesetz im Falle von OR 725 III, IV keine Parteiverhandlung vorschreibt⁶⁰⁵. Die Ansichten gehen indessen auseinander, ob der Richter nun aus freien Stücken vorladen und einvernehmen könne⁶⁰⁶ oder nicht⁶⁰⁷. Wie bereits festgehalten⁶⁰⁸, hat der Richter das Vorhandensein einer Insuffizienz zu überprüfen. Oft muss er zugleich über einen Konkurs-

599 Vorn N 87b.

600 Vgl. Baumann 57 nach Anm. 3; Bürgi Art. 725 N 17 Abs. 1; Henze 51 f.; Jaeger Art. 192 N 2 Abs. 2; Werner 18 Ziff. 4; ferner Fellmann 81 § 12 (GmbH).

601 Vorn N 82.

602 BGE 101 III 103 (= Pr 65 Nr. 121 = JdT 125 (1977) II 34 ff.), BGE vom 15. Januar 1944 (Photosilk) in BISchK 9 (1945) 64 und SAG 17 (1944/45) 128; Max X (1953) Nr. 223 (= BISchK 19 (1955) 189 Nr. 79 = ZBJV 90 (1954) 48); SemJud 35 (1913) 558 (= SJZ 10 (1913/14) 140 Nr. 125); Bürgi Art. 725 N 17 Abs. 1; Marmy 15, 33; F. v. Steiger 331 nach Anm. 16; Werner 18 Ziff. 5, auf S. 53 spricht er von einer absoluten Pflicht; vgl. auch Max XI (1966) Nr. 507 S. 527 Ziff. 1 (= BISchK 32 (1968) 94 Ziff. 1); JdT 76 (1928) II 116; ZBJV 68 (1932) 501; ZR 41 (1942) Nr. 48 S. 125 (= BISchK 7 (1943) 189 ff.). – Nach Bewilligung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung kann der Konkurs trotz Überschuldung nicht mehr eröffnet werden (SemJud 73 (1951) 234 f.).

603 Vorn Anm. 270.

604 Vgl. auch hinten § 7 N 1; ferner Bürgi Art. 725 N 17 Abs. 2.

605 Vgl. auch ZR 41 (1942) Nr. 48 S. 124/25.

606 Baumann 107; Bürgi Art. 725 N 16 Abs. 3, 4; Fritzsche II 35; Gentinetta 75; vgl. auch Jaeger Art. 194 N 1 und Max XII (1971) Nr. 33.

607 Blumenstein 605 Ziff. 3; Henze 52; v. Overbeck 157.

608 Vorn N 82.

aufschub befinden⁶⁰⁹. Aus praktischen Gründen ist es für ihn nicht nur empfehlenswert, sondern manchmal beinahe unumgänglich, vorzuladen und einzuvernehmen (v.a. beim Konkursaufschub). Überdies leuchtet nicht ein, weshalb wegen der aufgehobenen Pflicht auch das Recht abzulehnen sein sollte.

Ein Hinweis noch zur Berufung gegen das Konkursdekret (SchKG 174)⁶¹⁰ bei einer Überschuldungsanzeige. Diese können sowohl die AG bzw. die Verwaltung⁶¹¹ als auch Gläubiger einlegen⁶¹².

Zusammenfassung Konkurseröffnung auf eigenes Begehren

- 116 Ein kurzer Abriss über die Konkurseröffnung aus Antrieb der AG ergibt folgendes Bild: Die Insolvenzerklärung bedarf eines öffentlich beurkundeten GV-Beschlusses⁶¹³. Ist sie einmal abgegeben, kann die AG nach herrschender Praxis wegen des Rückgründungsverbotes nicht mehr darauf zurückkommen. (In der Lehre ist diese Frage umstritten.) Indessen ist es gemäss SchKG 195 möglich, den Konkurs zu widerrufen, was auf eine Ausnahme vom Rückgründungsverbot hinausläuft⁶¹⁴. Weiter hat der Richter die Vermögenslage der AG nicht zu überprüfen⁶¹⁵. (Es wäre zu begrüßen, wenn er den Konkurs frei von einem allfälligen Kostenvorschuss eröffnen würde⁶¹⁶.)

Die Überschuldungsanzeige beruht — ausser bei der AG in Liquidation⁶¹⁷ — auf einem Verwaltungsratsbeschluss⁶¹⁸. Der Richter hat sich anhand der Bilanz zu vergewissern, ob eine Überschuldung tatsächlich vorliegt⁶¹⁹. Trifft

609 Den Antrag kann man noch in der Verhandlung stellen (vgl. hinten § 6 N 5d).

610 Literaturauswahl zur Berufung: Amonn 271; Baumann 138 ff.; Blumenstein 574 f., 603, 605/06; Brand SJK 994 S. 2 ff.; ders., SJZ 44 (1948) 39 ff., 49 ff.; Favre 273 f.; Fellmann § 13; Fritzsche II 13 ff.; Gentinetta § 19; Goetzinger 121 ff.; Henze 53 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 174; Meier 76; v. Overbeck 145; Reichel Art. 174; Schraner, SJZ 76 (1980) 278 ff.; Vetsch, SJZ 33 (1936/37) 321 ff.; Walder Art. 174; Wild, SJZ 44 (1948) 190 f.; Zahner.

611 Baumann 142 lit. C; Henze 54; Zahner 57; Fellmann 82 (GmbH).

612 Baumann 142 lit. C; Bürgi Art. 725 N 17 letzter Abs.; Jaeger Art. 192 N 2 S. 604, 194 N 1; Zahner 57; SemJud 45 (1923) 72; vgl. auch Fellmann 82. Unklar Henze 54. A.M. Blumenstein 606 Ziff. III; Gentinetta 81. Nach Brand, SJK 994 S. 3, sind Gläubiger nur gegen ein durch den örtlich unzuständigen Richter erlassenes Konkursdekret zur Berufung legitimiert, sonst nicht.

613 Vorn N 72c, d.

614 Vorn N 72e.

615 Vorn Anm. 168.

616 Vgl. vorn N 70.

617 Vorn N 110.

618 Vorn N 93.

619 Vorn N 82.

das zu, kann er einzig den Konkurs entweder eröffnen oder, sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind, aufschieben⁶²⁰. Besteht keine Überschuldung, darf er den Konkurs nicht eröffnen⁶²¹. Die Anzeige ist entsprechend zu berichtigen⁶²². Ob die Konkurseröffnung vom geleisteten Kostenvorschuss abhängig gemacht werden dürfe, ist umstritten. M.E. ist diese Frage zu verneinen⁶²³.

620 Vorn N 114.

621 Vorn Anm. 270.

622 Vorn N 87b.

623 Vgl. vorn N 90.

§ 6 Möglichkeiten, die Konkurseröffnung hinauszuschieben oder abzuwenden

I. Möglichkeiten des SchKG

- 1 Das SchKG gibt den Beteiligten verschiedene Möglichkeiten, sich gegen eine Konkurseröffnung zu wehren (z.B. Rechtsvorschlag, Beschwerde, Klagen, Einreden, Berufung, Nachlassstundung bzw. -vertrag¹)². Auf diese allgemei-

1 Es versteht sich von selbst, dass damit nicht der Nachlassvertrag im Konkurs (SchKG 317) gemeint ist.

2 Literaturauswahl: allgemein: Leemann 33 ff.; ferner Baumann 121 ff.

Zum Rechtsvorschlag: Amonn 109 ff., 277 ff.; Baumann 15, 16, 28 ff.; Blumenstein 246 ff., 584 f.; Brand SJK 979; Büchi 47 ff.; Favre 136 ff., 279 ff.; ders., SJK 699 S. 3 f.; Fritzsche I 125 ff., II 22 ff.; Grommé 15 ff., 26 ff., 31 ff.; Gutzwiller/Hug/Meyer/Wengle N 2198 ff.; Hinderling, BISchK 9 (1945) 65 ff.; Hindermann 19, 83 ff.; G. Huber 42 ff., 57 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 74 ff., 178 N 7, 179 ff.; Joos 101 ff., 106 f., 287 ff.; Meier 139; Nünlist 47 ff., 109; Orange 75 ff.; v. Overbeck 46 ff., 148 ff.; Reichel Art. 74 ff., 178 N 7; I. Riemer 55 ff.; Schmidlin; Stockmann 38 ff.; Voegeli; Walder, SJZ 68 (1972) 17 ff. = BISchK 36 (1972) 129 ff. Vgl. auch hinten § 7 N 15.

Zur Beschwerde: Amonn 48 ff.; Bauhofer, SJZ 19 (1922/23) 1 ff.; Blumenstein 73 ff.; Büchi 13 ff.; Deggeller; Favre 58 ff.; ders., SJK 679; Fritzsche I 39 ff.; Grommé 19 ff., 29 ff., 43 ff., 49 ff.; Gutzwiller/Hug/Meyer/Wengle N 2185 ff.; Hindermann 14, 67 ff.; Jaeger Art. 17 ff., 178 N 8; Jaeger/Daeniker Art. 17 ff.; Joos 30 ff.; Nötzli; Nünlist 41 ff.; v. Overbeck 26 ff.; Reichel Art. 17 ff., 178 N 6; I. Riemer 53 f.; Simond SJK 627-629; Sorg; Stockmann 49 ff.; Ziegler, SJZ 25 (1928/29) 49 ff.; vgl. auch Birchmeier Art. 75 ff. Siehe ebenfalls hinten § 7 N 18.

Zur Berufung siehe vorn § 5 Anm. 610.

Zur Nachlassstundung bzw. zum Nachlassvertrag: Amonn 401 ff.; Blumenstein 891 ff.; Boemle 433 ff.; Brand SJK 958-960, 1034; Büchi 85 ff.; Bürgi Art. 732 N 9, 734 N 5, 736 N 35 ff.; Carry, ZSR 51 (1932) 503a ff.; Doka, SJZ 23 (1926/27) 337 ff.; ders., SJZ 21 (1924/25) 49 ff.; ders., ZSR 45 (1926) 126 ff.; Favre 389 ff.; Fritzsche II 302 ff.; Funk Art. 736 N 4 letzter Abs.; Ganahl; Gersbach; Giovanoli, BISchK 16 (1952) 97 ff.; Glarner, ders., SJZ 59 (1963) 353 ff. (= BISchK 29 (1965) 1 ff.; ders., SJZ 45 (1949) 129 ff.; Gutzwiller/Hug/Meyer/Wengle N 2316 ff.; Haab, ZBJV 57 (1921) 345 ff., 393 ff.; ders., ZSR 47 (1928) 155 ff.; Haberthür, BISchK 14 (1950) 68 ff.; Henze 123 ff.; Hindermann 50 ff., 195 ff.; J. Hirsch, SJZ 59 (1963) 356 ff.; Hürlimann; Hüsey; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 293-316; Keller; Kuhn; Ludwig; Martz SJK 1004; Metzler 23 ff.; Orange 243 ff.; v. Overbeck 230 ff.; Papa; Paschoud; Picard, ZSR 35 (1916) 1 ff.; Rathgeb; Reichel Art. 293-316; Schluep/Richli/Niederhauser 950 ff.; Schoder, ZBJV 88 (1952) 409 ff.; Schwander, ZSR 69 (1950) 36 ff.; Schwyzer; Siegwart, Einl. N 330 ff., Art. 625 N 29; Sigg; F. v. Steiger 334; Stockmann 107 ff.; Tschan, BISchK 31 (1967) 97 ff., 129 ff.; ders., BISchK 19 (1955) 33 ff., 65 ff.; v. Tuhr/Escher § 75 V S. 178; v. Tuhr/Peter § 4 IV S. 37; Werner 57 ff.

nen konkursrechtlichen Fragen gehe ich nicht weiter ein³. Soweit sich Besonderheiten für die AG ergeben, sei auf § 7 und § 5 N 115 verwiesen.

II. Möglichkeiten des OR (Konkursaufschub)

Neben den für alle Konkursgründe bestimmten Mitteln und Wegen des SchKG, eine drohende Konkurseröffnung fernzuhalten, kennt das OR für die Überschuldung noch eine weitere Möglichkeit, nämlich den Konkursaufschub⁴. Dieser bildet Gegenstand der weiteren Ausführungen⁵.

A. Begriff

Der Konkursaufschub ist die vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit, den Entscheid über die Konkurseröffnung unter bestimmten Voraussetzungen einstweilen auszusetzen⁶.

B. Zweck⁷

Wenn er auch unter früherem Recht ergangen ist und zu den älteren Urteilen zählt, umschreibt der Entscheid ZR 10 (1911) Nr. 91 auf S. 156 in E 2⁸ den Zweck des Konkursaufschubes treffend: "Es sollen, soweit das ohne

3 Die Möglichkeiten des Prozessrechts bleiben ebenfalls unbeachtet. (Vgl. beispielsweise ZR 41 (1942) Nr. 48 = BISchK 7 (1943) 189 ff.)

4 Gemäss Herold, SJZ 30 (1933/34) 151 a.E. gehört das Konkursaufschubsverfahren viel eher ins SchKG als ins OR.

5 Literaturauswahl: Baumann 126 ff.; Bürgi Art. 725 N 18 ff.; Duss 70; Funk Art. 725 N 4; Gutzwiller Art. 903 N 14 ff.; Marmy 15, 37 ff.; R. Müller 34 ff.; Schech; Schucany Art. 725 N 4; Werner; vgl. auch Max XI (1966) Nr. 507 S. 526 ff. (= BISchK 32 (1968) 93 ff.). Ferner Bachmann Art. 657 N 4; Gentinetta 46 ff.; Herold, SJZ 30 (1933/34) 145 ff.; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2.

6 Vgl. auch Marmy 37 lit. A. Der Konkursaufschub hat nur vorläufigen Charakter (Bürgi Art. 725 N 18 Abs. 2; Gutzwiller Art. 903 N 15; Marmy 15, 38; vgl. auch Max XI (1966) Nr. 507 S. 528 (= BISchK 32 (1968) 95); SemJud 35 (1913) 558).

7 Bürgi Art. 725 N 18; Herold, SJZ 30 (1933/34) 145 Ziff. II; Marmy 37 f.; Werner 20 ff.

8 = SJZ 7 (1910/11) 213 Nr. 63 Ziff. II. Übernommen von Bachmann Art. 657 N 4 Abs. 1; Herold, SJZ 30 (1933/34) 145 Ziff. II; vgl. auch Bürgi Art. 725 N 18 Abs. 1; ferner Gentinetta 46 lit. D.

Schädigung berechtigter Interessen der Gläubiger geschehen kann, die Nachteile vermieden werden, die mit der plötzlichen Konkursöffnung verbunden sind.”

- b Im Gegensatz zu aOR 657 III verlangt OR 725 IV^{9,10}, um die Konkursöffnung aufschieben zu können, dass die AG sanierungsfähig ist¹¹. Das präzisiert entsprechend den Zweck des Konkursaufschubes. Es geht darum, einer überschuldeten Gesellschaft, bei der die Aussicht besteht, dass sie das finanzielle Gleichgewicht innert nützlicher Frist wieder herzustellen vermag, zu ermöglichen, sich vor der Konkursöffnung zu retten und die Existenz zu bewahren. Gelingt es ihr, diese Chance wahrzunehmen, kommt der Erfolg in der Praxis meistens allen Betroffenen, so auch den Gläubigern, zugute.
- c Dennoch kann ich der Ansicht, der Konkursaufschub bezwecke im Interesse sämtlicher Beteiligten, insbesondere der Gläubiger und der AG, von der Konkursöffnung abzusehen¹², nicht ganz zustimmen. Das Gesetz schützt die Gläubiger mit dem Konkursgrund der Überschuldung¹³. Sobald deren Gut haben nicht mehr vollumfänglich¹⁴ durch die Veräusserungswerte der Aktiven gedeckt sind, muss die Verwaltung den Richter benachrichtigen. Dadurch sind die Interessen der Gläubiger – zumindest in der Theorie – gewahrt. Für die AG indessen bedeutet das einen ausserordentlichen Eingriff, denn die Überschuldungsanzeige führt grundsätzlich zum Untergang der Gesellschaft (OR 725 IV 1. Satz). Soweit es, ohne den mit dem Konkursgrund der Überschuldung bezweckten Gläubigerschutz zu verletzen¹⁵, möglich ist, erlaubt nun OR 725 IV 2. Satz, die Härte gegenüber der AG zu mildern (Korrelat zur Anzeigepflicht bei einer Überschuldung). Das hat natürlich nur einen Sinn, wenn die Gesellschaft fähig und willens ist, sich wirtschaftlich wieder aufzufangen, und nicht, wenn sie ohnehin, d.h. auch ohne Konkursöffnung, untergeht¹⁶. Deshalb verlangt das Gesetz beim Konkursaufschub Aussicht auf Sanierung. Das zeigt, dass der Konkursaufschub in erster Linie darauf abzielt,

9 Bzw. aOR 704 II gegenüber OR 903 V bei der Genossenschaft.

10 Zu den Unterschieden zwischen dem alten und dem neuen Recht vgl. etwa Blumenstein, ZBJV 73 (1937) 362.

11 Mit diesem Erfordernis hat man anlässlich der Revision die bisherige Praxis im Gesetz festgehalten. Vgl. etwa Herold, SJZ 30 (1933/34) 147 lit. b und Schech 28 f.

12 BGE 101 III 106 (vollständig zit. in § 5 Anm. 602); Amonn 288; Baumann 126; Bürgi Art. 725 N 3, 18; Fritzsche II 33; Funk Art. 725 N 4 Abs. 1; Schucany Art. 725 N 4 (übernommen von Gutzwiler Art. 903 N 15); Werner 24 Ziff. 2. Für das alte Recht vgl. hinten N 5c.

13 Vgl. vorn § 5 N 76.

14 Die Höhe der Überschuldung ist unbeachtlich; vgl. vorn § 5 N 95 bei Anm. 392.

15 Siehe hinten N 12.

16 Vgl. dazu hinten N 11h Abs. 2.

der AG die Weiterexistenz zu ermöglichen¹⁷. Wenn dabei auch die Gläubiger besser fahren, so ist das nur eine Begleiterscheinung, nicht aber Hauptzweck des Konkursaufschubs. Sollten nämlich keine Sanierungsaussichten bestehen, ist der Konkursaufschub nicht zulässig, selbst wenn er den Gläubigern zum Vorteil gereichen würde und alle Beteiligten damit einverstanden wären¹⁸. Aus diesen Gründen sind beim Aufschub des Konkurses keine Rücksichten auf die Gläubiger zu nehmen, soweit nicht deren durch OR 725 II–IV 1. Satz geschützte Anliegen missachtet werden. Mir scheint darum auch der verschiedentlich¹⁹ geäußerte Massstab für die Gläubigerinteressen, nämlich dass die Gläubiger durch den Konkursaufschub nicht schlechtergestellt werden dürfen als bei einer sofortigen Konkurseröffnung, sinnvoll. – Die Praxis zeigt jedoch, dass üblicherweise nicht nur die AG von einer Sanierung profitiert, sondern ebenso die Gläubiger²⁰. M.a.W. die Interessen weichen in der Regel nicht voneinander ab²¹.

OR 725 IV 2. Satz bezweckt zwar nicht, Arbeitsplätze zu erhalten²², e doch kann dies ebenfalls eine Folge des Konkursaufschubes sein.

17 Vgl. Max XI (1966) Nr. 507 S. 528 E 3 (= BISchK 32 (1968) 95 E 3); Kammer-
tagung 1979, 215 Ziff. 1.3; Marmy 37/38; Werner 20; Wild, SJZ 44 (1948) 190
Sp. 2; ebenso Schech 4, 29, 45, der jedoch auf S. 31 der Ansicht ist, das Gläubiger-
interesse sei in der Sanierungsmöglichkeit enthalten. Ferner Henze 46. Diethelm
spricht von der materiellen Prüfung der Konkursreife (S. 12 a.E.). Für die Genossen-
schaft R. Müller 35. A.M. Werner 33.

18 Siehe hinten N 11h bei Anm. 92.

19 SJZ 73 (1977) 290 E 1b; Baumann 126 a.E.; Bürgi Art. 725 N 22 Abs. 2; Duss 70 a.E.;
Herold, SJZ 30 (1933/34) 147 lit. b. Vgl. auch Funk Art. 725 N 4 Abs. 1, der aller-
dings verlangt, dass die Gläubigerinteressen besser gewahrt werden als durch den
Konkurs. – Diesen Grundsatz will Büchi 90 Ziff. IV auch für den Nachlassvertrag
angewandt wissen. Ebenso Siegwart Einl. N 330.

20 Eine Zwangsliquidation entwertet die Aktiven fast regelmässig sehr stark (Bürgi
Art. 725 N 3 a.E.). Vgl. auch Schech 30; Werner 20; ferner Marmy 46 bei Anm. 1.
Ähnlich Gentinetta 47.

21 Vgl. Schech 31; ferner die redaktionelle Bemerkung in SZBK VII (1917) 56 Nr. 23
E 3.

22 Bürgi Art. 725 N 18 Abs. 1 a.E.; Funk Art. 725 N 4 Abs. 1; Wild, SJZ 44 (1948) 189
Sp. 2. Nichtsdestoweniger hat das Zürcher OGer diesen Gesichtspunkt in seine Über-
legungen einbezogen (SJZ 73 (1977) 290 Ziff. 2).

C. Voraussetzungen

1. Formelle Voraussetzungen

a) Antrag

- sa Der Richter darf den Konkurs nicht von Amtes wegen²³, sondern nur auf Antrag aufschieben^{24,25}. Antragsberechtigt sind gemäss OR 725 IV 2. Satz²⁶ einzig die Verwaltung oder ein Gesellschaftsgläubiger²⁷. Allen andern, wie etwa der GV²⁸, den Aktionären²⁹, den Liquidatoren³⁰ oder den Behörden³¹, fehlt das Antragsrecht.
- b Unter der Verwaltung – sie war unter dem alten Recht noch nicht zum Aufschubsantrag befugt³² – ist der Gesamtverwaltungsrat als solcher und

23 Bürgi Art. 725 N 19 Abs. 1; R. Müller 34 Anm. 12 (Genossenschaft); ferner ZR 10 (1911) Nr. 91 E 2 (= SJZ 7 (1910/11) 213 Nr. 63 Ziff. II); Gentinetta 46/47.

24 Duss 70; Funk Art. 725 N 4 Abs. 1; Wild, SJZ 44 (1948) 189 Sp. 2; vgl. auch Marmy 41 II.

25 Gemäss der Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Kantons Luzern ersetzt ein Nachlassstundungsgesuch nach SchKG 293 ff. den Aufschubsantrag (Max XI (1970) Nr. 783).

26 Bzw. OR 903 V 1. Satz für die Genossenschaft.

27 Bürgi Art. 725 N 19 Abs. 1; Funk Art. 725 N 4 Abs. 1; Marmy 41 Ziff. II; Schucany Art. 725 N 4 (übernommen von Gutzwiler Art. 903 N 15); F. v. Steiger 331 nach Anm. 16; Werner 14 Ziff. 2; BGE vom 15. Januar 1944 (Photosilk) in BLSchK 9 (1945) 64 und SAG 17 (1944/45) 128; Max XI (1966) Nr. 507 S. 527 Ziff. 1 (= BLSchK 32 (1968) 94 Ziff. 1); ferner F. v. Steiger, Genossenschaftsrecht 143.

28 Bürgi Art. 725 N 19 Abs. 3.

29 Bürgi Art. 725 N 19 Abs. 3; Funk Art. 725 N 4 Abs. 1; Schucany Art. 725 N 4; F. v. Steiger 331 bei Anm. 17; vgl. auch BGE vom 15. Januar 1944 (Photosilk) in BLSchK 9 (1945) 64 und SAG 17 (1944/45) 128. Ebenso unter dem früheren Recht: Bachmann Art. 657 N 4 Abs. 2; Herold, SJZ 30 (1933/34) 145 Ziff. III. Für den Genossenschafter: F. v. Steiger, Genossenschaftsrecht 143; ferner BGf vom 1. Juli 1942 (Andina gegen Omnium cooperatif immobilier) in SemJud 65 (1943) 68 F 3 (= ZBGR 27 (1946) 106 E 3). A.M. Schech 15.

30 OR 743 II legitimiert die Liquidatoren nur zur Überschuldungsanzeige, nicht jedoch zum Aufschubsbegehren. Zudem ist der Konkursaufschub bei einer AG im Liquidationsstadium zum vornherein ausgeschlossen (siehe vorn § 5 N 110 und hinten N 11n).

31 Schucany Art. 725 N 4. ZR 39 (1940) Nr. 112 S. 245 (= BLSchK 5 (1941) 158 Nr. 75) für die Bankenkommision.

32 Vgl. SZBK VII (1917) 56 Nr. 22 F 1; ZR 10 (1911) Nr. 91 (= SJZ 7 (1910/11) 213 Nr. 63); Bachmann Art. 657 N 4 Abs. 2; Bürgi Art. 725 N 19 Abs. 2; Gentinetta 46 a.E.; Herold, SJZ 30 (1933/34) 145 Ziff. III; Marmy 42 lit. B Ziff. 1; Schech 15; Werner 23/24; ferner Blumenstein, ZBJV 73 (1937) 362. Für die Genossenschaft: ZR 34 (1935) Nr. 105 S. 224; R. Müller 34. Begründung, weshalb die Verwaltung das Antragsrecht hat, bei Bürgi Art. 725 N 19 Abs. 2, und weshalb nicht ein anderes Organ, bei Marmy 42 ff. (lit. B Ziff. 2).

nicht etwa ein einzelnes Mitglied zu verstehen³³. Der Entscheid, den Konkursaufschub zu begehren, fällt auf die gleiche Art und Weise wie derjenige, die Überschuldung anzuzeigen. Es sei deshalb auf die dortigen Ausführungen³⁴ verwiesen, welche hier analog gelten.

Eine Antragspflicht besteht nicht³⁵. Indessen empfiehlt es sich für die Verwaltung, wenn die Bedingungen dazu erfüllt sind, den Konkursaufschub zu beantragen. Andernfalls muss sie mit Verantwortlichkeitsklagen rechnen. Beispielsweise könnte den Aktionären Schaden erwachsen, wenn sie den Aufschub trotz der gegebenen Voraussetzungen nicht verlangt.

Wie bereits gesagt³⁶, fahren in der Praxis die Gläubiger mit einem Aufschub normalerweise besser als mit der Konkurseröffnung. Ihr Antragsrecht beruht denn auch vor allem auf wirtschaftlichen Überlegungen³⁷. (aOR 657 III kannte sogar nur das Aufschubsbegehren von Gläubigerseite, galt es doch unter dem alten Recht, einzig die Gläubigerinteressen zu wahren³⁸.) Gemäss OR 725 IV 2. Satz kann schon ein einzelner Gläubiger den Antrag stellen^{39,40}.

Das Zürcher Obergericht⁴¹ hat noch vor der Revision des Obligationenrechtes bei einer Genossenschaft entschieden, antragsberechtigt seien nur Gläubiger, deren Forderungen nicht mehr durch die Aktiven gedeckt seien. Diese Voraussetzung treffe bei Pfandgläubigern, soweit deren Pfand als Sicherheit ausreiche, nicht zu. Bürgi⁴² und Schucany⁴³ haben diesen Entscheid für die AG und das neue Recht übernommen.

Eine Sonderstellung nehmen die Anleihensgläubiger ein. Sie sind nicht mehr zum Antrag befugt, wenn ein Vertreter dazu bestellt worden ist⁴⁴.

33 Bürgi Art. 725 N 19 Abs. 3; Funk Art. 725 N 4 Abs. 1; F. v. Steiger 331 vor Anm. 17; ders., Genossenschaftsrecht 143. Vgl. auch vorn § 5 N 92.

34 Vorn § 5 N 93. Vgl. überdies Marmy 41/42.

35 Im Gegensatz zur Überschuldungsanzeige, vgl. vorn § 5 N 95.

36 Vorn N 4d a.E.

37 Vgl. Marmy 46 Ziff. 1.

38 Anstelle vieler ZR 19 (1920) Nr. 22 E 4 für die Judikatur und Schech 30/31 für die Literatur.

39 Vgl. auch Bürgi Art. 725 N 19 Abs. 1; Funk Art. 725 N 4 Abs. 1 (ebenso N 2 a.E.); Marmy 46 Ziff. 1; Werner 24 Ziff. 1 a.E.

40 Das war früher vom Gesetz her unklar, aber Praxis, vgl. ZBJV 57 (1921) 511/12; ZR 19 (1920) Nr. 22 E 2, 10 (1911) Nr. 91 E 1 (= SJZ 7 (1910/11) 213 Nr. 63 Ziff. I); Bachmann Art. 657 N 4 Abs. 2; Gentinetta 47; Herold, SJZ 30 (1933/34) 145/46; Jaeger Art. 192 N 2 Abs. 2; Schech 12 f.; R. Müller 34 (Genossenschaft); hingegen Werner 24 ff. (Ziff. 1 a.E. und 3).

41 ZR 34 (1935) Nr. 105 S. 224.

42 Bürgi Art. 725 N 17 a.E.

43 Schucany Art. 725 N 4 (ebenso Gutzwiller Art. 903 N 15).

44 Vgl. OR 1159 III; Marmy 48; Schech 14. Ferner Ziegler Art. 1159 N 13 f.

- d Den Konkursaufschub kann man bis zur Konkurseröffnung, ja sogar noch während der Verhandlung – sofern eine solche stattfindet – beantragen^{45,46}.
- Der Richter ist nicht verpflichtet, den Gläubigern eine Überschuldungsanzeige bekanntzugeben oder sie gar zur Konkurseröffnungsverhandlung vorzuladen. Die Gläubiger müssen selbst dafür sorgen, dass sie ihren Aufschubsantrag rechtzeitig stellen⁴⁷.
- e Ohne den Antrag, den Konkurs aufzuschieben, muss der Richter gemäss OR 725 IV 1. Satz die Konkurseröffnung aussprechen. Er hat keine andere Möglichkeit⁴⁸.

b) Überschuldungsanzeige

- 6 Unumgängliche Voraussetzung, um den Konkurs aufzuschieben zu können, ist die Überschuldungsanzeige^{49,50}. Das ergibt sich aus dem Gesetz. Der Konkursaufschub ist bekanntlich⁵¹ die Ausnahme von der Regel, dass bei einer Insuffizienz der Konkurs zu eröffnen sei, ermöglicht er doch der AG, den mit der Überschuldungsanzeige verbundenen Untergang abzuwenden. Dementsprechend darf der Richter den Konkurs nicht aufschieben, wenn das Konkursbegehren von Gläubigerseite erfolgt oder wenn sich die AG als zahlungsunfähig erklärt.

45 Bürgi Art. 725 N 16 Abs. 3.

46 In den Kantonen, deren Prozessrecht dem Weiterzug des Konkursdekretes aufschiebende Wirkung einräumen und vor der Weiterzugsinstanz Noven zulassen, ist es möglich, den Konkursaufschub sogar nach der Konkurseröffnung – selbstverständlich nur, solange diese noch nicht rechtskräftig geworden ist – durchzusetzen (so etwa im Kanton Zürich; vgl. als Beispiel den Sachverhalt in SJZ 73 (1977) 289/90).

47 ZR 41 (1942) Nr. 48 S. 124/25 = BLSchK 7 (1943) 189 ff. (Genossenschaft).

48 Vgl. auch vorn § 5 N 114 und Anm. 602.

49 Vgl. Herold, SJZ 30 (1933/34) 146 Ziff. 1 lit. b; Scheeh 18 Ziff. 2 a.E.; Werner 14; ferner SJZ 31 (1934/35) 138 Nr. 25 Sp. 2.

50 Das Begehren um Konkursaufschub kann man gleichzeitig mit der Überschuldungsanzeige stellen. Das Luzerner OGer geht sogar so weit, dass es im Aufschubsgesuch zugleich auch eine Überschuldungsanzeige erblickt (Max X (1953) Nr. 223 = BLSchK 19 (1955) 189 Nr. 79 = ZBJV 90 (1954) 48). Das trifft sicher nicht zu für den Fall, dass ein Gläubiger den Aufschub beantragt. Diesem fehlt bekanntlich die Berechtigung zur Überschuldungsanzeige (vorn § 5 N 91, 111).

51 Vgl. vorn N 4d.

c) *Hinterlegung der Bilanz*

Um den Zustand der AG und ihre Sanierungsaussichten beurteilen zu können, benötigt der Richter die Bilanz. Für den Konkursaufschub ist sie somit ein unentbehrliches Erfordernis⁵². Sie wird indessen mit der Überschuldungsanzeige abgegeben, denn der Richter muss ja abklären, ob die Gesellschaft wirklich überschuldet ist, und das kann er nur anhand der Bilanz⁵³.

d) *Kostenvorschuss*

Für die im Verlaufe des Verfahrens anfallenden Kosten darf der Richter angemessene Vorschüsse verlangen⁵⁴, denn SchKG 194 verweist auch im Falle von OR 725 IV und 903 V (i.V.m. SchKG 192) auf SchKG 169. Erweist sich die auferlegte Vorauszahlung in der Folge als zu klein, kann der Richter weitere Leistungen verfügen. Wird ein geforderter Kostenvorschuss nicht erbracht, verweigert der Richter den Konkursaufschub oder lässt den bestehenden dahinfallen⁵⁵.

e) *Mindestens einjährige Abwesenheit einer Notstundung*

SchKG 317o I untersagt einen Konkursaufschub, wenn das Ende einer gewährten Notstundung weniger als ein Jahr zurückliegt.

52 Bürgi Art. 725 N 21; Herold, SJZ 30 (1933/34) 146 Ziff. 1 lit. b; Schech 18 Ziff. 2 a.E., 25, 26 a.E.; Werner 14, 28 Ziff. 5.

53 Siehe vorn § 5 N 82, 88.

54 Vgl. Schech 18/19, 89 f.; F. v. Steiger 331 bei Anm. 20; SJZ 36 (1939/40) 349 Nr. 239.

55 Vgl. auch Schech 19, 89; ferner SZBK VII 57 Nr. 22 E 6.

2. *Materielle Voraussetzungen*

a) *Überschuldung*

- 10 Der Konkursaufschub gestattet, den Grundsatz von OR 725 IV 1. Satz, nämlich dass der Richter über eine überschuldete AG den Konkurs zu eröffnen habe, zu durchbrechen⁵⁶. Er ist demnach nur möglich, wenn eine AG überschuldet ist, d.h. wenn deren Aktiven die Gläubigerforderungen nicht mehr decken⁵⁷. Diese Tatsache ergibt sich aus der Bilanz zu Veräusserungswerten⁵⁸ und ist vom Richter zu überprüfen⁵⁹.

b) *Aussicht auf Sanierung*

Inhaltsübersicht: Allgemeines, N 11a

Wirtschaftlicher Sanierungsbegriff, N 11b

Rechtlicher Sanierungsbegriff

– Allgemeines, N 11c

– Zwangsvollstreckungsrechtlicher Sanierungsbegriff, N 11d

– Steuerrechtlicher Sanierungsbegriff, N 11e

– Handelsrechtlicher Sanierungsbegriff, N 11f

– Sanierungsbegriff von OR 725 IV, N 11g–i

Aussicht auf Sanierung, N 11k–q

Allgemeines

- 11a Die Sanierungsaussicht (OR 725 IV 2. Satz) ist für den Konkursaufschub eine *conditio sine qua non*⁶⁰. Unklar ist allerdings, was man unter Aussicht auf Sanierung zu verstehen hat. Selbst Gerichtsurteile stehen sich zum Teil

56 Vgl. vorn N 4d, 6.

57 JdT 102 (1954) II 126 f. 2; Max XI (1966) Nr. 507 S. 527 Ziff. 1 a.F. (= BLSchK 32 (1968) 94 Ziff. 1 a.F.); SJZ 73 (1977) 290 Ziff. 1 lit. b; Bürgi Art. 725 N 22 Abs. 1; Herold, SJZ 30 (1933/34) 146 Ziff. 2 lit. a; Marmy 41 Ziff. II; Werner 29; vgl. auch Schech 19.

58 Vgl. vorn § 5 N 84, ferner N 85d.

59 Vgl. vorn § 5 N 82, § 6 N 7.

60 JdT 102 (1954) II 128; Schech 28; Werner 29.

diametral gegenüber⁶¹. Das liegt wohl daran, dass es keinen einheitlichen Sanierungsbegriff gibt⁶². Indessen haben sich aus der Fülle von Ansichten zwei Schwerpunkte herauskristallisiert, nämlich ein wirtschaftlicher und ein rechtlicher. Diese sind wiederum breit gefächert.

Wirtschaftlicher Sanierungsbegriff

Von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise interessiert hier die betriebs- b wirtschaftliche. Im Meinungsangebot bestehen trotz der Vielfalt gewisse Gemeinsamkeiten, so, ein Unternehmen von einer finanziellen Notlage zu befreien und die Absicht, es weiterzuführen (im Gegensatz zum wirtschaftlichen Tod, der Liquidation); dazu ist es nötig, die ökonomische Leistungsfähigkeit wiederherzustellen. Irrelevant hingegen ist der Fortbestand der rechtlichen Selbständigkeit; es geht nur um den Geschäftsbetrieb⁶³.

Rechtlicher Sanierungsbegriff

Die juristischen Überlegungen konzentrieren sich auf drei Rechtsgebiete. c Entsprechend kennt man einen zwangsvollstreckungsrechtlichen, einen steuerrechtlichen und einen handelsrechtlichen Sanierungsbegriff, wobei auch hier, selbst innerhalb der einzelnen Richtungen, verschiedenste Auffassungen bestehen.

Da das SchKG u.a. den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung kennt, d schliesst Edelmann⁶⁴, dass **Sanierung im Zwangsvollstreckungsrecht** ebenfalls Liquidation bedeuten könne. Sie bezwecke in erster Linie, den Konkurs aufzuhalten oder das Liquidationsergebnis zu verbessern, nicht aber, das Weiterbestehen des Unternehmens zu ermöglichen. Mit diesem Standpunkt gehe ich nicht einig. Der Nachlassvertrag kann sowohl Sanierung als auch Liquidation des schuldnerischen Vermögens bedeuten⁶⁵. Je nach Art und Ausgestaltung ergibt sich das eine oder das andere. M.a.W., die Sanierung ist kein Wesens-

61 Beispielsweise Rep. 102 (1969) 357 ff., SJZ 73 (1977) 289 ff. und ZBJV 60 (1924) 400 f. (= SJZ 21 (1924/25) 108 Nr. 100).

62 Vgl. auch Bürgi Art. 735 N 2. Das OR enthält diesbezüglich keine Anordnungen (Werner 30, siehe ebenfalls Gross 14/15).

63 Edelmann 19 Ziff. 21.3.

64 Edelmann 21 Ziff. 22.3.

65 Büchi 90 Ziff. V; vgl. auch Doka, ZSR 45 (1926) 149 bei Anm. 74; Duss 39 lit. b; Ganahl 28/29; Haab, ZSR 47 (1928) 168/69; Hindermann 195, 202 lit. c; Papa 29/30; Werner 64 a.E.; ferner Gersbach 100 Anm. 13 und die Einteilung bei Ganahl 7 f.

merkmal des Nachlassvertrages⁶⁶ und mit diesem nicht gleichzusetzen. Darum schliesst sie eine Liquidation nicht ein. Ganahl⁶⁷ verlangt, damit dem Nachlassvertrag Sanierungscharakter zukommt, die Absicht, den Betrieb auf gesunder Finanzbasis weiterzuführen, sowie die glaubhaft gemachte Existenzfähigkeit; sein Zweck darf nicht sein, einzig den Konkurs zu vermeiden. Diese Ziele hat der ordentliche Nachlassvertrag (Stundungs- und Prozentvergleich, SchKG 293 ff.)^{68,69}. Beim Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung, auch Liquidationsvergleich genannt⁷⁰, muss man unterscheiden. Grundsätzlich hat er die Liquidation des gesamten schuldnerischen Vermögens zur Folge⁷¹. Entsprechend gilt er nicht als Sanierungsmassnahme⁷². Indessen ist es beim Liquidationsvergleich möglich, dass er den Gläubigern das Verfügungsrecht nicht über alle, sondern nur über einen Teil der Aktiven einräumt⁷³. Wenn nun der verbleibende Rest gross genug ist, damit das schuldnerische Unternehmen auf vernünftiger wirtschaftlicher Basis weiterexistieren kann, liegt

66 Schoder, ZBJV 88 (1952) 441.

67 Ganahl 140.

68 Büchi 91 Ziff. 1, 92 § 27; Ganahl 7 lit. a und b, 28; Gersbach 98 Ziff. 3; Haab, ZSR 47 (1928) 161/62; Hurlimann 28, 139 40; Ludwig 5 Ziff. 1; W. v. Steiger Art. 820 N 10; Werner 64 a.E.; vgl. auch Hindermann 196 lit. b, Metzler 23; Stockmann 107 Anm. 1.

69 "Ausnahmsweise kann dem Prozentvergleich eine Liquidation folgen, wenn die Aktiven lediglich aus Bargeld, Wertschriften oder leicht verwertbaren Gegenständen bestehen und zudem nur wenige Gläubiger am Verfahren teilnehmen" (Ganahl 10 lit. d). Vgl. ferner Gersbach 98/99.

70 Literaturauswahl: Brand SJK 960, 1034 S. 3 ff.; Büchi 106 ff.; Bürgi Art. 736 N 35 ff.; Carry, ZSR 51 (1932) 503a ff.; Doka, ZSR 45 (1926) 126 ff.; Favre 392/93, 411 ff.; Fritzsche II 347 ff.; Funk Art. 736 N 4 letzter Abs.; Ganahl 8 ff., 77 ff.; Gersbach 99 ff., 114 ff.; Giovanoli, BISchK 16 (1952) 97 ff.; Glarner 30 ff.; ders., SJZ 45 (1949) 129 ff.; Haab 128 ff.; ders., ZSR 47 (1928) 168 ff.; Haberthür, BISchK 14 (1950) 72 ff.; Hindermann 50, 202 ff.; Hurlimann 27 f., 141 f., 148 f.; Hüsey 15 ff.; Jaeger/Daeniker Art. 302 N 4; Ludwig; Metzler 23 ff.; Orange 255 ff.; Papa; Paschoud 240 ff.; Piccard, ZSR 35 (1916) 1 ff.; Rathgeb; Schoder, ZBJV 88 (1952) 409 ff.; Schwander, ZSR 69 (1950) 41 ff.; Schwyzer; Siegwart Einl. N 332; F. v. Steiger 334; Stockmann 109 ff.; Werner 64 ff. Zur Natur des Liquidationsvergleichs vgl. auch BGE 103 III 60 E 3d (= Pr 66 Nr. 253).

71 Ganahl 8 lit. a; Gersbach 99 Ziff. III; Hindermann 202 lit. c; Hurlimann 28, 141; Ludwig 1; Schoder, ZBJV 88 (1952) 413; vgl. auch Schwyzer 34 Ziff. I; Siegwart Einl. N 332.

72 Büchi 107 Ziff. I; Ganahl 8 lit. a, 29 Ziff. I; Hüsey 16; Ludwig 6; Orange 255; Werner 64; vgl. auch Giovanoli, BISchK 16 (1952) 102; Haab, ZSR 47 (1928) 169; Piccard, ZSR 35 (1916) 7; F. v. Steiger 334 bei Anm. 30; ferner Schoder, ZBJV 88 (1952) 440. Funk Art. 736 N 4 letzter Abs. stellt den Liquidationsvergleich sogar dem Konkurs gleich.

73 Das ergibt sich aus SchKG 316b III. Vgl. auch Brand SJK 1034 S. 5 lit. c) aa); Boemle 434 lit. B Ziff. 3; Büchi 91 Ziff. 2, 107 Ziff. 2; Favre 393 Ziff. 4, 411 Ziff. 2; Fritzsche II 307, 352 Ziff. 6; Ganahl 9 lit. b; Gersbach 116 Ziff. II; Giovanoli, BISchK 16 (1952) 103; Gutzwiller/Hug/Meyer/Wengle N 2319, 2335; Haberthür, BISchK 14

m.E. ebenfalls Sanierung vor⁷⁴. Einen Sonderfall des Liquidationsvergleichs bildet die sogenannte Auffanggesellschaft⁷⁵: Die Aktiven des Unternehmens werden in eine zu gründende Gesellschaft eingebracht und die Gläubiger daran beteiligt. Dieses Vorgehen kann die Sanierung eines Unternehmens bedeuten⁷⁶, auch wenn dabei dessen Rechtsform untergeht. Der Liquidationsvergleich hat also je nachdem Sanierungs- oder Liquidationscharakter⁷⁷.

Für den **steuerrechtlichen Sanierungsbegriff** sei auf die Ausführungen bei e Edlmann 22 ff., insbes. 30 Ziff. 23.22 verwiesen.

Zur Begriffsproblematik im **Handelsrecht** vgl. Bürgi Art. 735 N 3. Von f den verschiedenen Ansichten werden im folgenden nur diejenigen zu OR 725 IV betrachtet:

Manche verstehen unter Sanierung “eine Verbesserung der Vermögenslage gegenüber dem Stande im Moment der Überschuldungsanzeige”⁷⁸. Andere

(1950) 72; Hindermann 204 lit. bb; Hürlimann 27 lit. c; Ludwig 7; Metzler 24; Papa 36; Schoder, ZBJV 88 (1952) 413; Schwyzer 34 Ziff. I; W. v. Steiger Art. 820 N 10. Kombinationen von Liquidationsvergleich mit Stundungs- und Prozentvergleich sind zulässig (Glarner 31; vgl. auch Favre 411 Ziff. 1 lit. e; Hindermann 196 lit. a; Ludwig 7 Ziff. 1 a.E.).

74 Vgl. auch Fritzsche II 350 lit. B Ziff. 1; Ganahl 29 Anm. 8; Metzler 24 f.; Rathgeb N 109 S. 149, insbes. Anm. 129; Siegwart Einl. N 332; ferner Doka, ZSR 45 (1926) 149 nach Anm. 75; Gersbach 99 Ziff. III und das Beispiel von Riggenbach, SJZ 33 (1936/37) 262 ff.

75 Brand SJK 1034 S. 5 lit. c) bb; Ganahl 8 Ziff. 2 lit. c a.E., 136; Giovanoli, BLSchK 16 (1952) 104 f.; Haberthür, BLSchK 14 (1950) 77 lit. e; Ludwig 8 Ziff. 4; vgl. auch VNB 41 I; Boemle 434 lit. B Ziff. 3; Favre 411 Ziff. 1 lit. d; Fritzsche II 356 lit. a; Gersbach 179 ff.; Glarner 34 lit. f; Haab 133; Hüssy 15; Papa 37 und 38 Anm. 2 Abs. 2; Schoder, ZBJV 88 (1952) 415; Schwander, ZSR 69 (1950) 46; Schwyzer 37 f.; Stockmann 114 Anm. 27; ferner Siegwart Einl. N 332 a.E., Vorbem. zu Art. 629–639 N 6; a.M. Rathgeb N 56, 123 Anm. 23, 339 Anm. 13, S. 463 lit. B; Stauffacher, SJZ 31 (1934/35) 210 Sp. 1 a.E.

76 Boemle 434 lit. B Ziff. 3 verlangt die Lebensfähigkeit der Auffanggesellschaft. Fritzsche II 356 lit. a spricht vom “Versuch einer Sanierung”. Ganahl 7, 77 ordnet die Auffanggesellschaft den Nachlassverträgen mit Sanierungscharakter zu. Vgl. auch Schwyzer 37 Ziff. 1. Für Doka, ZSR 45 (1926) 148 Ziff. 2, ist die Auffanggesellschaft ebenfalls da, um ein besseres Liquidationsergebnis zu erzielen (vgl. auch Haab 133/34; Haberthür, BLSchK 14 (1950) 77 lit. e; Papa 37/38 und Schwander, ZSR 69 (1950) 46).

77 Vgl. auch Doka, ZSR 45 (1926) 129.

78 Bürgi Art. 725 N 22 Abs. 2; Duss 70 bei Anm. 140; Herold, SJZ 30 (1933/34) 147 lit. b; Pestalozzi, SAG 41 (1969) 9 Ziff. 19; SJZ 73 (1977) 290 Ziff. 1 lit. b (bedauerlicherweise hat sich dieser Entscheid nicht mit den in den Anm. 79–81 zit. Stellen, insbes. dem Standpunkt des BGer (vgl. Anm. 85), auseinandergesetzt).

verlangen, entweder dass die Überschuldung beseitigt ist⁷⁹, die Gesellschaft rekonstruiert ist⁸⁰ oder beides⁸¹, um von Sanierung sprechen zu können.

g Sanieren und Sanierung stammen vom lateinischen "sanare" (= gesund machen, heilen) ab⁸². Der Gedanke des Gesundmachens liegt allen Auffassungen zugrunde, doch unterscheiden sich die betriebswirtschaftlichen, zwangsvollstreckungs-, steuer- und handelsrechtlichen Standpunkte darin, was zu gesunden habe, auf welche Art und in welchem Mass.

Der betriebswirtschaftliche und der zwangsvollstreckungsrechtliche Sanierungsbegriff wollen die Substanz (Betrieb, Unternehmen) unabhängig der Rechtsform erhalten. Sie gehen jedoch in den Sanierungsmöglichkeiten auseinander, ist doch der letztgenannte auf die im SchKG und den Spezialerlassen vorgesehenen Verfahren beschränkt.

Wegen der vom Zivil- und vom Zwangsvollstreckungsrecht so verschiedenen Materie eignet sich der Begriff des Steuerrechtes zum vorliegenden Problem nicht und bleibt im weiteren unberücksichtigt. Immerhin steht auch bei ihm die Weiterexistenz eines notleidenden Unternehmens im Vordergrund⁸³.

h Dass eine überschuldete AG für das Gesetz nicht mehr "gesund" ist, steht ausser Zweifel, will doch OR 725 IV 1. Satz sie prinzipiell dem Konkurs zuführen und somit vernichten. Der Richter kann aber gemäss OR 725 IV 2. Satz von der Zerstörung absehen, wenn u.a. Aussicht auf Sanierung besteht. Aus dem Gesetz geht klar hervor, dass die AG *Sanierungsobjekt* ist⁸⁴, d.h. dass es ihm um die Sanierung der Gesellschaft geht. Die "kranke" AG soll wieder

79 Gutzwiller Art. 903 N 15 a.E.; Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 4; Schucany Art. 725 N 5; Max VIII (1931) Nr. 63 S. 88; ZBJV 61 (1925) 274 Nr. 17 (= SJZ 22 (1925/26) 67 Nr. 65), 60 (1924) 400 a.E. (= SJZ 21 (1924/25) 108 Nr. 100); vgl. auch Funk Art. 725 N 4 Abs. 1; Giroud 285. Nicht von Überschuldung, sondern von Unterbilanz sprechen Curti, Aktiengesellschaft 185; ders., Handelsrecht 311; Wild, SJZ 44 (1948) 189 Ziff. II a.E. und SJZ 21 (1924/25) 31.

80 BGE 62 III 25 (vollständig zit. in § 5 Anm. 410); Max XI (1966) Nr. 507 S. 527 Ziff. 2 (= BISchK 32 (1968) 94 Ziff. 2); vgl. auch BGI 99 II 289 (vollständig zit. in § 5 Anm. 271), 76 I 167 (vollständig zit. in § 5 Anm. 399); Gross 14; ähnlich Marmy 38 Ziff. 1. Die Kantongerichte Waadt und Tessin verlangen zusätzlich die vollständige Zahlung an die Gläubiger (JdT 102 (1954) II 128, Rep. 102 (1969) 362 f.). Nicht von Gesellschaft, sondern vom Betrieb bzw. Unternehmen ist die Rede in den BJM 1964, 135 E 2 und bei Giroud 330 a.E.; Hüsey 8 a.E.; Schech 27, 29.

81 Henze 46; Jaeger Art. 192 N 2 S. 604; JdT 76 (1928) II 116 a.E.; SJZ 31 (1934/35) 139; ZR 10 (1911) Nr. 91 E 2 (= SJZ 7 (1910/11) 213 Nr. 63 Ziff. II); vgl. auch Gentinetta 47 Ziff. 2.

82 Duden, Etymologie (Der Grosse Duden: Band 7), Mannheim/Wien/Zürich 1963, Stichwort sanieren; vgl. auch Edelmann 19 Ziff. 21.3; Hurlimann 19; Hüsey 5; ferner Boemle 416.

83 Siehe auch Edelmann 30 Ziff. 23.22.

84 Der französische Gesetzestext verlangt ausdrücklich "l'assainissement de la société [Hervorhebung durch den Verfasser]".

“gesund” gemacht werden⁸⁵. Als Ausgleich zur Pflicht, ihren angeschlagenen “Gesundheitszustand” zu melden, erhält die Gesellschaft, sofern sie voraussichtlich “genesen” kann, die nötige Zeit dazu.

Für eine Sanierung genügt es demnach nicht, einzig ein besseres Liquidationsergebnis zu erzielen⁸⁶; dann wäre ja die AG nicht mehr das Objekt der Sanierung. Mit einem günstigeren Erlös würden allein die Verluste der Gläubiger teilweise “geheilt”. Entsprechend fehlt eine Voraussetzung für den Konkursaufschub. Dieser stellt nicht eine alternative Verwertungsmöglichkeit zum Konkursverfahren dar. Sobald feststeht, dass die überschuldete AG nicht mehr weiterexistieren soll oder kann und es nur noch um die Art und Weise der Liquidation geht, ist grundsätzlich der Konkurs am Platz⁸⁷. Der Konkursaufschub ist nicht dazu da, ohne Konkursverfahren zu liquidieren⁸⁸. Zudem ist er gar nicht nötig, wenn es um nichts anderes als um ein möglichst gutes Liquidationsresultat geht. Für diesen Fall kennt das SchKG die geeigneten Lösungen. Im Konkurs und ausserhalb des Konkurses steht der Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (SchKG 316a ff.) als Ausweg offen^{89,90}. Im Konkurs kann man ferner die Frist von sechs Monaten, innert der das Verfahren durchzuführen ist, verlängern (SchKG 270)⁹¹. Der Konkursaufschub ist also bei gegebener Liquidation der AG nicht mehr möglich,

85 Das ist ebenfalls der Standpunkt des BGer. Es hat sich zwar bis jetzt nicht eingehend mit dem Sanierungsbegriff von OR 725 befasst, doch spricht es beiläufig von “l’assainissement de la société” (BGE 99 II 289, vollständig zit. in § 5 Anm. 539), “die Gesellschaft wieder flott machen” (BGE 76 I 167, vollständig zit. in § 5 Anm. 399) sowie “Rekonstruktion der Aktiengesellschaft” (BGE 62 III 25, vollständig zit. in § 5 Anm. 410). Und im soeben zit. BGE 76 I 168 verlangt es, dass die AG die Voraussetzungen für ein betriebs- und lebensfähiges Unternehmen im Sinne der Erfordernisse des Art. 725 OR wieder erfülle.

86 Vgl. auch JdT 102 (1954) II 128 E 3 (= SJZ 52 (1956) 384 Nr. 163), 76 (1928) II 117.

87 Vgl. auch Bürgi Art. 725 N 18 Abs. 3; Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 1.

88 Vgl. Rep. 102 (1969) 361 E 2; ZBJV 61 (1925) 274 Nr. 17 (= SJZ 22 (1925/26) 67 Nr. 65); Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 5; R. Müller 35 bei Anm. 15; Schech 77.

89 Die Überschuldungsanzeige und das Gesuch um Nachlassstundung sind gleichwertig (vgl. vorn § 5 N 97).

90 Der Hauptvorteil des Liquidationsvergleiches gegenüber dem Konkurs liegt in den wesentlich freieren und beweglicheren Verwertungsmöglichkeiten (vgl. etwa Fritzsche II 355; Giovanoli, BSchK 16 (1952) 108; Schoder, ZBJV 88 (1952) 438, 441; Schwander, ZSR 69 (1950) 45/46; ferner Büchi 108 Ziff. V 4; Glarner 30; Ludwig 7). M.E. darf man beispielsweise sogar den Betrieb vorübergehend aufrechterhalten, um bestehende Aufträge zu Ende zu führen, falls diese Massnahme ein besseres Liquidationsergebnis verspricht. Die Gläubiger bzw. ihre Vertreter können mitbestimmen, wie und wann die Aktiven zu verwerten sind (vgl. SchKG 316h). – Die Würdigkeit für einen Nachlassvertrag mit Liquidationscharakter ist bei juristischen Personen nicht mehr bedeutend (vgl. Ganahl 141; Hürlimann 148 lit. a).

91 Vgl. dazu ZR 10 (1911) Nr. 91 a.E. (= SJZ 7 (1910/11) 214 Nr. 63).

selbst wenn ihn alle Beteiligten möchten⁹². Sanieren heisst, die Gesellschaft ganz allgemein vor dem Untergang und nicht nur vor der Konkurseröffnung zu retten. Aus diesen Überlegungen ergibt sich ebenso, dass bloss eine Verbesserung der Vermögenslage⁹³ – ein Standpunkt, der weder dem betriebswirtschaftlichen noch dem zwangsvollstreckungsrechtlichen Sanierungsbegriff entspricht – nicht genügt, um eine Sanierung i.S.v. OR 725 annehmen zu dürfen, denn ein höheres Liquidationsergebnis erfüllt dieses Erfordernis bereits.

Wie schon erwähnt, ist das Objekt der Sanierung die Aktiengesellschaft. Daraus folgt, dass sie als solche, d.h. sowohl die in ihr verkörperte Substanz als auch ihre Rechtspersönlichkeit, vor dem Untergang zu bewahren ist. Das eine ohne das andere genügt nicht⁹⁴. Sanieren nach OR 725 geht also über das, was die Betriebswirtschaftslehre und das Zwangsvollstreckungsrecht darunter verstehen⁹⁵, hinaus. Demgemäss stellt eine *Auffanggesellschaft* für OR 725 keine Sanierung dar⁹⁶, denn sie bewirkt bekanntlich, dass die bestehende AG untergeht. Aber auch aus einem andern Grund reicht eine Auffanggesellschaft für einen Konkursaufschub nicht aus: Sie ist ja ein Sonderfall des Liquidationsvergleichs⁹⁷ und dieser entspricht grundsätzlich⁹⁸ nicht den Anforderungen, die OR 725 an eine Sanierung stellt⁹⁹.

Aus der Natur der Sache ergibt sich, dass bei einer sanierten AG die Überschuldung beseitigt sein muss¹⁰⁰, sonst wäre dieselbe gerade wieder anzuzeigen.

Ein letzter Punkt: Sanieren bedeutet nicht, dass die Gläubigerforderungen hundertprozentig zu begleichen sind. Meistens müssen die Gläubiger Einbus-

92 Vgl. SemJud 35 (1913) 558 (= SJZ 10 (1913/14) 140 Nr. 125); Brand SJK 993 S. 5 nach Anm. 17; Jaeger Art. 192 N 2 Abs. 3; ferner Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 1; Marmy 15.

93 Siehe vorn N 11f bei Anm. 78.

94 Es versteht sich von selbst, dass man die Rechtspersönlichkeit ohne das dahinterstehende Substrat nicht ernsthaft erhalten kann; hingegen ist der umgekehrte Fall möglich.

95 Siehe vorn N 11b bzw. 11d.

96 Siehe ZBJV 60 (1924) 400 f. (= SJZ 21 (1924/25) 108 Nr. 100); Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 5; vgl. auch Doka, ZSR 45 (1926) 148; Ganahl 77 lit. b; Schech 58. A.M. SJZ 73 (1977) 290.

97 Siehe vorn N 11d und Anm. 75.

98 Ausnahme: wenn die Gläubiger nicht über alle, sondern nur über einen Teil der Aktiven verfügen, so dass der AG genügend verbleibt, um fortbestehen und sich in Zukunft erfolgreich behaupten zu können (vgl. vorn N 11d bei Anm. 74).

99 Vgl. BJM 1964, 135 E 2; Max XI (1966) Nr. 507 S. 527 a.E. (= BJSchK 32 (1968) 94 a.E.). Vgl. auch vorn N 11d bei Anm. 72.

100 Vgl. vorn N 11f Anm. 79. Eine überschuldete AG ist nicht sanus (vorn am Anfang von N 11h).

sen in Kauf nehmen¹⁰¹. Das Waadtländer Kantonsgericht ist anderer Meinung und verlangt die vollständige Bezahlung der Gläubiger. Es genüge nicht, wenn die AG zu normalen Bedingungen zurückkehre, die Gläubiger aber mit einer Dividende vorliebzunehmen hätten. Sanieren heisse, die Gesellschaft ohne Opfer der Gläubiger wiederherzustellen¹⁰². Eine Überschuldung ist unabhängig der Höhe sofort anzuzeigen¹⁰³. Decken nun die Aktiven die Gläubigerforderungen nur um ein wenig, kann man durchaus dieses Manko innert absehbarer Frist ausgleichen und die Gläubiger rundweg zufriedenstellen¹⁰⁴. Aber das muss nicht so sein. Die Praxis zeigt denn auch ein anderes Bild. Sehr oft erfährt der Richter von einer Überschuldung erst, wenn sie schon fortgeschritten ist und die Gläubiger Verluste erleiden. Nun, der Konkursaufschub erfolgt in erster Linie im Interesse der AG und die Ansprüche der Gläubiger sind, soweit sie über das zu erwartende Konkursbetreffnis hinausgehen, nicht zu berücksichtigen¹⁰⁵. Überdies bedeuten "des conditions normales pour la société"¹⁰² nicht zugleich ebensolche für die Gläubiger, d.h. den vollumfänglichen Ausgleich ihrer Guthaben. Sanierungsobjekt ist die AG und nicht die Gläubiger. Das Gesetz will eine Gesellschaft am Leben erhalten, sofern sie ihre Verhältnisse wieder ins Lot zu bringen vermag. Um eine gesunde wirtschaftliche Struktur zu erreichen, muss die AG Schulden abschütteln können. Nebenbei bemerkt entsprechen diese Überlegungen ebenfalls den praktischen Bedürfnissen. Wie früher erwähnt¹⁰⁶, decken sich in der Regel die Interessen der Gläubiger und diejenigen der AG. Fängt sich diese wieder auf und bleibt erhalten, schneiden die Gläubiger, auch wenn ihre Forderungen nicht hundertprozentig erfüllt sind, vielfach vorteilhafter ab als bei irgendeiner Liquidation der AG. Das Kantonsgericht Waadt verwehrt aber den Gläubigern, ihre Verluste auf diese Art zu verkleinern.

101 Schech 29.

102 JdT 102 (1954) II 128 E 3 (= SJZ 52 (1956) 348 Nr. 163). Diesen Standpunkt hat sich auch das Appellationsgericht des Kantons Tessin zu eigen gemacht (Rep. 102 (1969) 362 E 2, vgl. auch Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 5 a.E.). Das Zürcher OGer in SJZ 73 (1977) 290 E 1b, Duss 70 und Pestalozzi in SAG 41 (1969) 9 Ziff. 19 lehnen ihn hingegen – m.E. zu Recht – ab. Allerdings lassen sich die beiden letztgenannten Autoren nicht näher darüber aus, und mit der Begründung des zürcherischen OGer bin ich nicht einverstanden (vgl. hinten Anm. 104).

103 Vorn § 5 N 95.

104 Aus diesem Grunde vermag die Ansicht des Obergerichts Zürich, nämlich dass "bei konkreter Aussicht auf vollständige Befriedigung sämtlicher Gläubiger bereits nicht mehr von einer Überschuldung, sondern allenfalls von Illiquidität die Rede sein könnte" (SJZ 73 (1977) 290 E 1b), nicht zu überzeugen.

105 Siehe vorn N 4d.

106 Vorn N 4d a.E.

- i *Sanieren i.S.v. OR 725* bedeutet also, *die Lebensfähigkeit der AG wiederherzustellen*. Die Sanierungsmassnahmen sollen der Gesellschaft zum wirtschaftlichen Gleichgewicht verhelfen und gleichzeitig deren Rechtspersönlichkeit bewahren. Sanieren heisst, weder nur den Gläubigern die Verluste zu verkleinern noch sie vollumfänglich zufriedenzustellen.

Aussicht auf Sanierung

- k Das Gesetz verlangt indessen *Aussicht* auf Sanierung¹⁰⁷. Nach dem französischen und dem italienischen Gesetzeswortlaut hat die Sanierung wahrscheinlich zu erscheinen¹⁰⁸. D.h. man muss mit einer wiederhergestellten AG rechnen können; die Chancen dazu müssen echt sein.

Das Appellationsgericht Basel-Stadt¹⁰⁹ erachtet es allerdings nicht als willkürlich, einen Aufschub zu gewähren, um die Sanierungsaussichten abzuklären, sofern solche nicht von vornherein ausgeschlossen sind. Dieses Urteil mag wohl einem praktischen Bedürfnis Rechnung tragen, birgt aber ein grosses Risiko in sich. Die Gläubiger dürfen nämlich aufgrund des Schutzes von OR 725 II–IV 1. Satz keinesfalls schlechter abschneiden als bei sofortiger Konkurseröffnung¹¹⁰. Das ist schwer festzustellen, wenn die Sanierungschancen nicht geklärt sind. Stellt sich in der Folge heraus, dass sich die Gesellschaft doch nicht retten lässt, erleiden die Gläubiger oft wegen des Aufschubs weitere Verluste. Sie müssen sich jedoch nicht mit einem deswegen verminderten Konkursbetreffnis zufriedengeben.

- l Der Antragsteller hat darzulegen, aus welchen Gründen er einen Wiederaufbau der AG für möglich hält und wie er ihn allenfalls durchzuführen gedenkt¹¹¹.
- m Der Richter kann aufgrund dieser Angaben die Sanierungsfähigkeit der überschuldeten Gesellschaft beurteilen. Er hat aber nicht die Art und Weise

107 Begründete Aussicht fordern BJM 1964, 135 F 2; ZBJV 60 (1924) 400 a.F. (= SJZ 21 (1924/25) 108 Nr. 100); Fritzsche II 33; Pestalozzi, SAG 41 (1969) 9 Ziff. 19; Schucany Art. 725 N 5.

108 Vgl. auch BGE 99 II 289, vollständig zit. in § 5 Anm. 271; JdT 102 (1954) II 128 E 3; Max XI (1966) Nr. 507 S. 527 F 2 (= BISchK 32 (1968) 94 F 2); Rcp. 102 (1969) 361 E 2; Werner 29. Von Glaubhaftigkeit sprechen SJZ 21 (1924/25) 31 Nr. 9; Schucany Art. 725 N 5; Wild, SJZ 44 (1948) 189 Ziff. II a.E.

109 BJM 1964, 135/36 E 3.

110 Vgl. hinten N 12.

111 Vgl. auch SJZ 21 (1924/25) 31 Nr. 9; Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 5 a.E.; ferner Max VIII (1931) Nr. 63 S. 88; den Sachverhalt von SJZ 73 (1977) 290 E 1b; Hürlimann 130 bei Anm. 12.

der Sanierung festzulegen¹¹², sondern lediglich darüber zu befinden, ob die vorgeschlagenen Massnahmen geeignet seien, die AG wiederherzustellen oder nicht, und ob dadurch die Gläubiger nicht weniger erhalten als bei sofortiger Konkursöffnung. Im Falle eines Aufschubs bestimmt er überdies, mit welchen Vorkehren das Vermögen zu erhalten ist¹¹³.

Umgekehrt entscheidet ausschliesslich der Richter über die Sanierungsfähigkeit der überschuldeten AG¹¹⁴. Gemäss Gesetz kann er den Konkurs aufschieben, falls Aussicht auf Sanierung besteht. Er allein hat diese Wahrscheinlichkeit abzuschätzen und niemand anders, beispielsweise die Verwaltung oder die Gläubiger¹¹⁵. Als Aussenstehender vermag er die Lage unvoreingenommen zu analysieren.

Erscheint eine Sanierung nicht möglich bzw. lässt sich eine Liquidation der Gesellschaft nicht umgehen, muss der Richter den Aufschubsantrag ablehnen¹¹⁶. Dass der Konkursaufschub bei einer AG in Liquidation von Anfang an nicht in Frage kommt, versteht sich von selbst¹¹⁷.

Steht als Sanierungsmassnahme im voraus ein gerichtlicher Nachlassvertrag fest, so ist nicht der Konkurs aufzuschieben, sondern direkt das dafür vorgesehene, besondere Verfahren einzuschlagen¹¹⁸. (Ist das genaue Vor-

112 Max XI (1966) Nr. 507 S. 528 E 3 (= BLSchK 32 (1968) 95 E 3), vgl. auch ZR 10 (1911) Nr. 91 E 2 (= SJZ 7 (1910/11) 213 Nr. 63 Ziff. II, übernommen von Bachmann Art. 657 N 4 Abs. 1). A.M. Bürgi Art. 725 N 28 f.; Duss 70 bei Anm. 139. Entsprechend hat nicht der Richter zu entscheiden, ob die AG ihren Betrieb stilllegen oder weiterführen soll, wie das Funk Art. 725 N 4 Abs. 2 und mit ihm Bürgi Art. 725 N 28 Abs. 1 sowie ZR 69 (1970) Nr. 113 S. 306 Sp. 2, ferner Marmy 59, Schucany Art. 725 N 5 Abs. 2 und W. v. Steiger Art. 817 N 10 verlangen. Wieweit der Richter in der Praxis die Vorschläge, um die AG zu retten, während der Verhandlung beeinflusst und somit die Sanierungsmassnahmen faktisch (mit)bestimmt, ist allerdings eine andere Frage.

113 OR 725 IV letzter Satz.

114 Bürgi Art. 725 N 28 Abs. 3; Duss 70 bei Anm. 139; Guhl/Merz/Kummer § 68 II 3 lit. d S. 671; vgl. auch Marmy 56 § 9 a.E.; ferner vorn § 5 N 96c und hinten N 12, 36.

115 Entgegen der Mustersammlung Zivil 42.32 ist auch die Nachlassbehörde dazu nicht zuständig.

116 Baumann 127 bei Anm. 1; Bürgi Art. 725 N 18 Abs. 3; Fritzsche II 33; Giroud 285; Henze 46 bei Anm. 2; Jaeger Art. 192 N 2 Abs. 2 a.E.; Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 6; JdT 76 (1928) II 116/17; vgl. auch ZR 22 Nr. 33 S. 55. Mit einer unter dem alten Recht noch möglichen Einschränkung: ZBJV 60 (1924) 400/01 (= SJZ 21 (1924/25) 108 Nr. 100); ZR 10 (1911) Nr. 91 E 2 a.E. (= SJZ 7 (1910/11) 213 Nr. 63 Ziff. II); Bachmann Art. 657 N 4 Abs. 1. A.M. SZBK VII (1917) Nr. 22 Ziff. 2.

117 Vgl. auch OR 743 II und vorn § 5 N 110 sowie die in Anm. 587 angegebene Literatur.

118 Vgl. BGE 62 III 25 (vollständig zit. in § 5 Anm. 410); Max XI (1966) Nr. 507 S. 527 E 2 (= BLSchK 32 (1968) 94 E 2); ferner hinten Anm. 295, N 35b, insbes. Anm. 302. A.M. BJM 1964, 135 E 2.

gehen noch unsicher, kann sich sehr wohl erst im Verlauf des Aufschubes ein Nachlassvertrag ergeben¹¹⁹.)

p Im Gegensatz zum Nachlassvertrag^{119a} kann das Gesetz beim Konkursaufschub nicht auf die Sanierungswürdigkeit der AG abstellen¹²⁰. Die vorhandene Sanierungsfähigkeit genügt.

q Mittel und Wege, die zur Sanierung führen, sind so mannigfaltig wie das Wirtschaftsleben. Alle zu erfassen, ist deshalb ausgeschlossen. Jede Gesellschaft braucht die auf ihre Verhältnisse zugeschnittene Lösung¹²¹. Aus der Vielfalt der Möglichkeiten sei wahllos ein Beispiel herausgegriffen: das Aktienkapital herabsetzen und wieder erhöhen, wobei auch das auf verschiedene Arten geschehen kann¹²².

c) *Keine Verletzung des durch den Konkursgrund der Überschuldung gewährten Gläubigerschutzes*

12 Eine Sanierung erfolgt meistens auf Kosten der Gläubiger. Auf der andern Seite schützt der Konkursgrund der Überschuldung in erster Linie die Gläubiger¹²³. Weil die AG nur beschränkt haftet, garantiert ihnen OR 725 II–IV 1. Satz, sobald ihre Forderungen nicht mehr durch die Gesellschaftsaktiven gedeckt sind, wenigstens eine rasche Konkurseröffnung und somit eine möglichst hohe Konkursdividende. Das noch bestehende Vermögen soll vor allfällig fortschreitenden Verlusten bewahrt bleiben. Die Sanierung darf nun nicht so weit gehen, dass sie die den Gläubigern vom Gesetz gewährte, minimale Sicherheit schmälert. Ein Konkursaufschub ist also nur möglich, falls die Gläubiger deswegen nicht schlechtergestellt werden als im Konkursfall, und zwar wenn der Konkurs sogleich eröffnet wird¹²⁴. Dies zu gewährleisten, bildet einen weiteren Grund, weshalb der Richter, und einzig er, die Sanierungsaussichten zu beurteilen hat¹²⁵. Er muss einerseits dafür sorgen, dass

119 Vgl. Max XI (1966) Nr. 507 S. 528 I 3 (= BLSchK 32 (1968) 95 E 3) und dort zit. Literatur. Als Beispiel: Sachverhalt von ZR 75 (1976) Nr. 20 S. 62.

119a Vgl. BGE 95 III 68 ff. E 5 und 6; ferner Ganahl 134 ff.

120 Vgl. auch Werner 33.

121 Vgl. auch Giroud 331 a.E.

122 Vgl. BGE 76 I 167 (vollständig zit. in § 5 Anm. 399). Vgl. zu diesem Verfahren auch Bürgi Art. 725 N 29; Funk Art. 725 N 4 Abs. 2.

123 Siehe vorn § 5 N 76.

124 Literaturangaben vorn in Anm. 19.

125 Vgl. vorn N 11m Abs. 2, ferner hinten N 36.

sich die Konkurseröffnung nicht unnötig verzögert und dadurch das Substrat der AG abnimmt, sowie anderseits prüfen, ob das voraussichtliche Betreffnis für die Gläubiger wegen des Aufschubs nicht kleiner ausfalle als bei sofortiger Konkurseröffnung. Ist dieser letzte Punkt sicher, fällt der Entscheid dem Richter leicht. Lässt sich jedoch im voraus nicht genau abschätzen, auf welche Art die Gläubiger besser fahren, m.a.W. hält es sich die Waage, wird der Richter mit Vorteil die Stellungnahme der Gläubiger oder zumindest der Hauptgläubiger berücksichtigen¹²⁶.

D. Legitimation

Den Konkursaufschub kann nur die Verwaltung oder ein Gläubiger be-
gehren¹²⁷. Ob er zustande kommt oder nicht, entscheidet indessen allein der
Richter¹²⁸.

E. Entscheid des Richters

Wie soeben festgehalten, ist einzig der Richter zuständig, über ein Auf-
schubsgesuch zu befinden. Bei diesem Entscheid stehen ihm nur zwei Mög-
lichkeiten offen: Sofern die Voraussetzungen erfüllt sind, kann er den Kon-
kurs aufschieben, andernfalls muss er ihn eröffnen¹²⁹.

1. Verhältnis zwischen Aufschubsantrag und Konkursbegehren eines Gläubigers

Wie hat sich der Richter zu verhalten, wenn ein Aufschubsantrag und das
Konkursbegehren eines Gläubigers vorliegen? Die Antwort auf diese Frage
ist umstritten. Die einen¹³⁰ lassen das Aufschubsgesuch nur zu, solange es

126 So geschehen beim Zürcher OGer, SJZ 73 (1977) 290 E 2. Vgl. auch Schech 31.

127 OR 725 IV 2. Satz. Näheres vorn N 5.

128 Siehe vorn N 11m Abs. 2, N 12, ferner § 5 N 96c.

129 Vgl. vorn § 5 N 114 bei Anm. 602 und die in dieser Anm. zit. Stellen.

130 Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 1 a.E.

vor der Konkursandrohung gestellt worden ist. Andere¹³¹ gestatten es auch noch später, jedoch nur bis zum Konkursbegehren. Dritte¹³² wiederum halten es sogar nach diesem Zeitpunkt für möglich¹³³. Das Luzerner Obergericht¹³⁴ hat sich eingehend mit den verschiedenen Ansichten auseinandergesetzt. Seine Betrachtungen erübrigen, die gegensätzlichen Standpunkte hier nochmals gegeneinander abzuwägen. Ich kann mich damit begnügen, diese Gedankengänge kurz zusammenzufassen und anmerkungsweise mit eigenen Überlegungen zu ergänzen.

b Liegen ein Konkursbegehren eines Gläubigers¹³⁵ und eine Überschuldungsanzeige vor¹³⁶, so hat der Richter den Konkurs aufgrund der Überschuldungs-

131 Max VIII (1938) Nr. 707 a.E.; ZR 32 (1933) Nr. 141 (= SJZ 29 (1932/33) 250 Nr. 43); Herold, SJZ 30 (1933/34) 146 Ziff. 1 lit. a; R. Müller 35; Schech 18; Schucany Art. 725 N 5.

132 Allgemein: SZBK VII (1917) Nr. 22 E. 2; ZBJV 57 (1921) 512 (= SJZ 18 (1921/22) 73 Nr. 17); ZR 10 (1911) Nr. 91 S. 154/55 (Sachverhalt); Baumann 127; Marmy 51; F. v. Steiger 331 Anm. 19; F. Zimmermann Nr. 11 lit. I; vgl. auch Brand SJK 993 S. 5 a.E.; Werner 28.

Für die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung: Schech 34; Werner 26; besonders für SchKG 190 I Ziff. 2; Werner 14 und für SchKG 190 I Ziff. 3 i.V.m. 309; ZBJV 57 (1921) 512 (= SJZ 18 (1921/22) 73 Nr. 17); Gentinetta 47 Ziff. 1 a.E.; Schech 34; Werner 26; a.M. Baumann 127 nach Anm. 2. Er vertritt die Ansicht, der Konkursgrund von SchKG 190 I Ziff. 3 i.V.m. 309 (Widerruf einer Nachlassstundung, Verwerfung oder Widerruf eines Nachlassvertrages) schliesse einen Konkursaufschub aus, weil in diesem Fall zum vornherein keine Aussicht auf Sanierung bestehe. Ihm ist entgegenzuhalten, dass die Sanierungsfähigkeit und der Sachverhalt von SchKG 309 bzw. 316 nicht voneinander abhängen. Schlägt ein Nachlassvertrag oder eine Nachlassstundung einer überschuldeten AG fehl, heisst das noch lange nicht, dass sie nicht mehr sanierungsfähig sei. Ein Beispiel: Den Gläubigern steht es frei, einem Nachlassvertrag zuzustimmen oder ihn, obwohl man die Gesellschaft wiederherstellen könnte, an den Quorumsvorschriften von SchKG 305 scheitern zu lassen. (So etwa, wenn ihnen die angebotene Dividende zu klein erscheint oder wenn der Hauptgläubiger, ungeachtet der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft, aus persönlichen Motiven den Nachlassvertrag verunmöglichen will.)

133 Ohne Stellungnahme: Bürgi Art. 725 N 20; F. v. Steiger, Genossenschaftsrecht 143/44 und SAG 5 (1932/33) 118 f.

134 ZBJV 103 (1967) 200 f. (übernommen von Baumann 127 und F. v. Steiger 331 Anm. 19) sowie Max XI (1966) Nr. 507 S. 529 (= BISchK 32 (1968) 95/96 Ziff. 5).

135 Sei es in einer ordentlichen Konkursbetreibung, einer Wechselbetreibung oder im Falle einer Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung.

136 Welches von beiden zuerst eingereicht worden ist, spielt m.E. keine Rolle. Avisiert die Verwaltung bzw. die Liquidatoren dem Richter, dass die AG überschuldet sei, und verlangt ein Gläubiger die Konkurseröffnung erst nachher, entscheidet der Richter über den Avis. Tritt der Gläubigerantrag vor der Überschuldungsanzeige beim Richter ein, wird dieser das vom Gläubiger in Gang gebrachte Verfahren aufgrund von SchKG 173a aussetzen und über die Überschuldungsanzeige befinden. Das BGer hat entschieden, dass die Verwaltung mit dem Nachlassstundungsgesuch ihrer Pflicht von OR 725 III nachkomme, also dass das Nachlassstundungsgesuch an die Stelle der Überschuldungsanzeige zu treten vermöge (BGE 62 III 25, voll-

anzeige zu eröffnen¹³⁷. Sobald der Entscheid rechtskräftig ist, wird die vom Gläubiger verlangte Konkurseröffnung gegenstandslos. Gesellt sich zur Überschuldungsanzeige noch ein Konkursaufschubsgesuch¹³⁸, so wird zuerst dieses beurteilt und der Entscheid über den Konkursantrag des Gläubigers¹³⁹ ausgesetzt¹⁴⁰. Schiebt der Richter die Konkurseröffnung nicht auf, hat er sie – wie vorher – wegen der Überschuldungsanzeige auszusprechen. Gewährt er

ständig zit. in § 5 Anm. 410; ebenso die OGer Luzern und Solothurn in Max XI (1966) Nr. 507 S. 526 Ziff. 4 (= BISchK 32 (1968) 93 Ziff. 4) bzw. SOG 1976 Nr. 12; vgl. auch vorn § 5 N 97). Daraus darf man schliessen, dass beide gleichwertig sind und die Überschuldungsanzeige auch den Platz des Nachlassstundungsgesuches einnehmen kann. M.a.W. die Überschuldungsanzeige ist ebenfalls ein Grund, um gemäss SchKG 173a ein Konkurserkennntnis auszusetzen (vgl. auch die in Max XI (1966) Nr. 507 S. 529 (= BISchK 32 (1968) 96) zit. Jaeger/Daeniker, Taschenausgabe SchKG, jetzt Walder Art. 173 N 1, wonach OR 725 und 903 – bezeichnenderweise nicht nur OR 725 IV bzw. 903 V (Anm. des Verfassers) – “andere Fälle der Aussetzung” sind).

137 Nur wenn die Überschuldungsanzeige aus irgendeinem Grund mangelhaft sein sollte und für die Konkurseröffnung nicht zu genügen vermöchte, befindet der Richter noch über das Begehren des betreibenden Gläubigers.

138 Ein Aufschubsgesuch allein genügt nicht, um dem Konkurseröffnungsbegehren des Gläubigers entgegenzutreten zu können, denn ohne Überschuldungsanzeige fehlt eine Voraussetzung zum Konkursaufschub (siehe vorn N 6; vgl. auch R. Müller 35; Werner 28; ähnlich Schech 11/12; a.M. Max X (1953) Nr. 223, siehe auch vorn Anm. 50).

139 Ob der Aufschubsantrag oder die Konkurseingabe des Gläubigers zuerst beim Richter eingeht, bleibt sich im Ergebnis gleich. Vgl. die Ausführungen von Anm. 136, welche hier analog gelten. – Den Aufschub kann man zusammen mit der Überschuldungsanzeige oder erst später verlangen. Bis zu welchem Zeitpunkt das noch möglich ist, siehe vorn N 5d und Anm. 46, die auch in diesem Fall Bestand haben.

140 Bei diesem Vorgehen erleidet der die Konkurseröffnung verlangende Gläubiger keinen Schaden. Lehnt der Richter das Aufschubsbegehren ab, muss er infolge der Überschuldungsanzeige den Konkurs eröffnen; für den Gläubiger ändert sich im Endeffekt nichts. Auf der andern Seite darf der Richter den Konkurs nicht aufschieben, falls die Gläubiger dadurch weniger erhalten als bei sofortiger Konkursöffnung (vorn N 12). Bei einem Aufschub bekommt also der betreibende Gläubiger mindestens ebensoviel für sein Guthaben, wie wenn seinem Begehren stattgegeben würde. Nebst den vom OGer Luzern vorgebrachten Gründen rechtfertigt auch dieser Umstand den Aufschub gegenüber dem Konkursantrag von Gläubigerseite. Das Bestreben der AG, überleben zu können, sofern die Gläubiger dabei geringstenfalls gleich gut dastehen wie im Konkurs, ist höher einzustufen als der allfällige Wunsch eines Gläubigers, die Gesellschaft unabhängig seines Forderungsverlustes zu vernichten. Er soll in diesem Fall nicht einer sanierungsfähigen AG die Sanierung verunmöglichen dürfen. Zudem hat nicht nur die AG, sondern jeder Gläubiger das Recht, den Konkursaufschub zu verlangen, so dass dem Anliegen des betreibenden Gläubigers namhafte Interessen anderer Gläubiger gegenüberstehen können. Abgesehen davon, sobald der Aufschub eine dem Konkursbetreffnis zumindest ebenbürtige Leistung an die Gläubiger zulässt, sind deren weitere Interessen nicht mehr zu beachten (vgl. vorn N 4d nach Anm. 18).

den Aufschub und verfügt er gleichzeitig die Einstellung der hängigen Betreibungen¹⁴¹, so bleibt das Gläubigerbegehren auf Konkurs in der Schwebe¹⁴².

2. Zur Erhaltung des Vermögens geeignete Massnahmen

16a Entscheidet sich der Richter für einen Aufschub, hat er gemäss OR 725 IV letzter Satz die zur Erhaltung des Vermögens geeigneten Massnahmen anzuordnen¹⁴³. Das bedeutet indessen nicht, dass er über die Art und Weise der Sanierung befinden soll. Er hat nur zu beurteilen, ob der von der Verwaltung oder allenfalls von einem Gläubiger vorgeschlagene Weg voraussichtlich zu einer sanierten AG führe¹⁴⁴. Wenn er das für gegeben erachtet und den Konkurs aufschiebt, muss er dafür sorgen, dass die Gläubiger keinesfalls schlechter fahren als bei der sofortigen Konkurseröffnung¹⁴⁵, und hat das diesem Zweck Nützliche zu veranlassen¹⁴⁶, aber nicht mehr¹⁴⁷. M.a.W. der

141 Das braucht der Richter nicht zu verfügen, denn mit dem Aufschub tritt nach meinem Dafürhalten von Rechts wegen der Rechtsstillstand ein (siehe hinten N 21).

142 M.E. verharret das Konkursbegehren des Gläubigers durch den Aufschub nicht im schwebenden Zustand, sondern erübrigt sich. Gelingt es einerseits nicht, die AG während des Aufschubs zu sanieren, so fällt sie nach Ablauf der möglicherweise verlängerten Aufschubsfrist aufgrund der Überschuldungsanzeige in Konkurs (vgl. hinten N 34). Andererseits umfasst das Wesen der Sanierung, die Verhältnisse der Gesellschaft mit ihren Gläubigern neu zu regeln. Bei einer sanierten AG fehlt also dem betreibenden Gläubiger die Grundlage zu seinem ursprünglichen Konkursbegehren.

143 Zeitpunkt: nicht nur mit dem Entscheid über den Aufschub, sondern, sofern geboten, auch noch danach (vgl. auch SJZ 73 (1977) 291; Schech 32 Ziff. 1).

144 Vgl. vorn N 11 lit. l, m.

145 Vorn N 12.

146 Vgl. auch Bürgi Art. 725 N 28 Abs. 1; Funk Art. 725 N 4 Abs. 2. Nicht einig gehe ich mit Schucany Art. 725 N 4 Abs. 2 (ebenso Max XI (1966) Nr. 507 S. 528 = BISchK 32 (1968) 95), dass der Richter alles vorzukehren habe, was nötig erscheine, um eine Verminderung der zur Befriedigung der Gläubiger dienenden Aktiven zu verhindern. (Desgleichen lehnt Gutzwiller Art. 903 N 18 diesen Standpunkt ab, allerdings nur für die Genossenschaft.) Gerade um den Betrieb der AG weiterzuführen, braucht man Aktiven. Ein Beispiel: Eine AG muss noch fehlende Rohstoffe beschaffen, damit sie in der Lage ist, angefangene Aufträge zu Ende zu bringen oder neue auszuführen. M.E. darf sie das, wenn sie dadurch Gewinne zu erzielen vermag; diese kommen letzten Endes wieder den Gläubigern zugute. Das Vermögen erhalten kann nicht bedeuten, die Aktiven nicht anzutasten, sondern vielmehr, sie nur soweit als unbedingt notwendig zu verwenden, ohne die geschützten Interessen der Gläubiger zu verletzen. (Zur Möglichkeit eines Vergleichs während des Aufschubs siehe Werner 51 ff.; vgl. auch Herold, SJZ 30 (1933/34) 149 Ziff. 2 lit. a; Schech 76.)

147 Vgl. Max XI (1966) Nr. 507 S. 528 (= BISchK 32 (1968) 95); SJZ 17 (1920/21) 217 Nr. 163; ZR 10 (1911) Nr. 91 E 2 (= SJZ 7 (1910/11) 213 Nr. 63 Ziff. II,

Richter darf und soll, um das Gesellschaftsvermögen zu erhalten und die gleichmässige Befriedigung der Gläubiger zu gewährleisten, nicht nur die dazu nötigen, sondern darüber hinaus ebenso die dazu geeigneten Vorkehren treffen, jedoch keine andern als diese. Jede Massnahme, die nicht der Erhaltung des Vermögens und dem Schutz jedes Gläubigers in seinen berechtigten Interessen dient, d.h. sowohl dies bezweckt als auch im Einzelfall dazu taugt, ist unzulässig.

Einzelne Massnahmen:

a) Publikation

Das Bundesgericht schliesst aus SchKG 316m und VNB 32, dass der Richter verpflichtet sei, den Konkursaufschub samt den von ihm verordneten Massnahmen gleich wie die Nachlassstundung (SchKG 296) und die Bankensundung (BankG 32 III) zu publizieren¹⁴⁸.

b) Verfügungsbeschränkung im Grundbuch

Die Pflicht, den Konkursaufschub gemäss SchKG 296 bekanntzugeben, wie das die II. Zivilabteilung des Bundesgerichtes verlangt¹⁴⁹, heisst für den Richter¹⁵⁰, sofern die AG über Grundstücke verfügt, gleichsam eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch aufgrund von ZGB 960 I Ziff. 2¹⁵¹ vor-
merken zu lassen. Dieselbe II. Zivilabteilung hat jedoch am 14. Oktober 1971

übernommen von Bachmann Art. 657 N 4 Abs. 1); Schucany Art. 725 N 4 Abs. 2; ferner W. v. Steiger Art. 817 N 10.

148 BGE 101 III 105 ff. E 4 (= Pr 65 Nr. 121 = JdT 125 (1977) II 34 ff.). Die Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Kantons Luzern verlangt ebenfalls die Publikation durch den Richter und nicht durch den allfällig ernannten Sachwalter, will aber deren Notwendigkeit von den konkreten Verhältnissen abhängen lassen (Max XI (1966) Nr. 507 S. 528 E 3 a.E. = BISchK 32 (1968) 95 E 3 a.E.; ähnlich Marmy 37 Anm. 2). Vgl. auch Kammertagung 1979, 224 Ziff. 4.7, 241 Ziff. 4.7; SJZ 21 (1924/25) 31 Nr. 9.

149 BGE 101 III 106 (vollständig zit. in Anm. 148).

150 Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 lit. c (vgl. auch S. 149 lit. d) weist diese Aufgabe subsidiär, Marmy 59 lit. D und Werner 47 primär dem Sachwalter zu, ein Standpunkt, den S. Leemann mit Recht ablehnt (S. 41 Anm. 36).

151 Vgl. auch Fritzsche II 319 § 72 a.E.; Jaeger Art. 296 N 2; Walder Art. 296 N 2.

i.S. A. und B. Schweizer gegen Notariat und Grundbuchamt Aussersihl-Zürich sowie OGer Zürich entschieden, dass sich diese Beschränkung auf ZGB 960 I Ziff. 1 stütze¹⁵² und Ziff. 2 erst mit der Bewilligung der Nachlassstundung zum Zuge komme¹⁵³. Welche der beiden Bestimmungen der Richter im Aufschubsfall anzuwenden hat, kann im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben. Entscheidend ist vielmehr, dass er eine Verfügungsbeschränkung verlangt. Ob er sich nun dabei auf die eine oder die andere Ziffer beruft, ändert im Ergebnis nichts, und für die Praxis zählt ja dieses.

- d In der Wahl der weiteren Massnahmen ist der Richter ungebunden und kann nach seinem Ermessen im Einzelfall¹⁵⁴ entscheiden. Das Gesetz nennt ihm beispielhaft und somit nicht abschliessend¹⁵⁵ zwei Möglichkeiten, nämlich die Inventaraufnahme sowie die Bestellung eines Sachwalters.

c) *Inventaraufnahme und Schuldenruf*

- e Bürgi verlangt ein Inventar und einen Schuldenruf nur, wenn an der Vollständigkeit der eingereichten Liquidationsbilanz Zweifel bestehen¹⁵⁶. Ihm ist zuzustimmen. Abgesehen davon, dass eine überschuldete AG während des Aufschubs ihre Kräfte möglichst auf die Sanierung, d.h. auf Aktivität, konzentrieren und auch aus psychologischen Gründen nicht in statischen Vorgängen verzetteln soll¹⁵⁷, bewirkt bei einer vollständigen und korrekten Bilanz zu Veräusserungswerten weder ein Inventar noch ein Schuldenruf einen Schutz des Vermögens. Diese Massnahmen sind in einem solchen Fall nicht nur überflüssig, sondern gar nicht berechtigt¹⁵⁸.

152 ZBGR 54 (1973) 363. Der dort zit. Herold beruft sich allerdings auf ZGB 960 I Ziff. 2 (SJZ 30 (1933/34) 150 lit. c).

153 ZBGR 54 (1973) 366 E 5.

154 Vgl. Max XI (1966) Nr. 507 S. 528 (= BISchK 32 (1968) 95); Bachmann Art. 657 N 4 Abs. 2.

155 Marmy 56.

156 Bürgi Art. 725 N 30. Ebenso für das Inventar: Funk Art. 725 N 4 Abs. 3; Gutzwiller Art. 903 N 20; vgl. auch Herold, SJZ 30 (1933/34) 149 Ziff. 1 lit. a und für den Schuldenruf: vgl. Herold a.a.O. lit. b; Schech 73. A.M. für das Inventar: Jaeger Art. 192 N 2 S. 604, Marmy 58 lit. A; Schech 69 Ziff. 1 und für den Schuldenruf: Marmy 58 lit. B.

157 Gutzwiller Art. 903 N 20.

158 Vgl. auch vorn N 16a.

d) *Sachwalter*

Inhaltsübersicht: Allgemeines, N 16f
 Rechtsstellung, N 16g
 Funktion, N 16h
 Dauer, N 16i
 Verantwortlichkeit, N 16k
 Kosten, N 16l

Allgemeines

Je nach den Umständen bestellt der Richter einen Sachwalter¹⁵⁹. Nicht f
 enig gehe ich mit dem Urteil des Bundesgerichtes vom 1. Juli 1942 i.S.
 Andina gegen Omnium coopératif immobilier¹⁶⁰, wonach der Richter einen
 Sachwalter nur auf Antrag eines Verwaltungsmitgliedes oder eines Gläubigers
 ernennen dürfe. Der Richter muss jede Massnahme, die geeignet oder gar not-
 wendig ist, um das Vermögen der AG zu erhalten, von sich aus und unabhän-
 gig eines Antrages anordnen können. Andernfalls wäre er nicht in der Lage,
 seinen gesetzlichen Auftrag zu erfüllen. Ebenso muss er in der Wahl der Per-
 son des Sachwalters frei sein. Das schliesst nicht aus, dass er Vorschläge der
 Beteiligten berücksichtigt, hingegen vermögen ihn diese nicht zu binden¹⁶¹.
 Des weitern kann er eine oder mehrere¹⁶² natürliche oder juristische¹⁶³ Per-
 sonen einsetzen, wenn es die Gegebenheiten erfordern.

159 Vgl. Max XI (1966) Nr. 507 S. 528 (= BISchK 32 (1968) 95); SZBK VII (1917) Nr. 22 E 4; ZR 69 (1970) Nr. 113 S. 306 Sp. 2; Bürgi Art. 725 N 31; Funk Art. 725 N 4 letzter Abs.; Herold, SJZ 30 (1933/34) 149 Ziff. V. A.M. Gentinetta 48 Ziff. II 2, der auf jeden Fall einen Sachwalter fordert; wohl ebenso Gutzwiller/Hug/Meyer/Wengle N 1395 a.E.; vgl. auch Jaeger Art. 192 N 2 Abs. 3; Marmy 37 lit. A; ZR 22 (1923) Nr. 33 S. 54 Sp. 2.

160 SemJud 65 (1943) 68 E 3 (= ZBGR 27 (1946) 106 E 3).

161 Nach Herold, SJZ 30 (1933/34) 149 Ziff. V, bestimmen in der Praxis die Beteiligten den Sachwalter weitgehend mit. Schech geht jedoch zu weit, wenn er ihnen sogar einen diesbezüglichen Anspruch zubilligt (S. 66) und den Richter nur bei ausreichenden Gründen berechtigt, die Vorschläge der Gläubiger zurückzuweisen (S. 68).

162 Vgl. z.B. den Sachverhalt von BGE 104 III 1 (= Pr 67 Nr. 78 = JdT 128 (1980) II 19 ff. = SemJud 100 (1978) 593 ff.); ferner BankG 30 I.

163 Vgl. den Sachverhalt von ZR 75 (1976) Nr. 20 S. 62; ferner auch BankG 30 I. Schech 67 erachtet eine juristische Person als ungeeignet.

Rechtsstellung

- g Der Sachwalter nach OR 725 ist "un organe officiel de l'Etat ayant pour mission de maintenir l'égalité entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers"¹⁶⁴. Trotz seiner dem Sachwalter im Nachlassverfahren ähnlichen Stellung unterliegt er nicht analog zu SchKG 295 III der Kontrolle der betriebsrechtlichen Aufsichtsbehörden¹⁶⁵, sondern derjenigen des Richters oder dessen übergeordneter Instanz. Entsprechend sind allfällige Beschwerden gegen ihn, d.h. seine Anordnungen oder seine Person, an diese und nicht an jene zu richten¹⁶⁶.

Funktion

- h Der Richter hat die Funktion des Sachwalters genau zu umschreiben, dessen Rechte und Pflichten festzuhalten sowie dessen Stellung gegenüber den Organen zu bestimmen¹⁶⁷. Er kann dabei die Leitung der Gesellschaft dem Sachwalter allein oder in den verschiedensten Graden zusammen mit andern Personen, denen Verwaltung und Geschäftsführung sonst zustehen (Verwaltungsräte, Direktoren usw.), übertragen¹⁶⁸.

164 BGE 104 III 2/3 (vollständig zit. in Anm. 162). Vgl. auch SJZ 73 (1977) 290 E 3a, 36 (1939/40) 349/50 Nr. 239; ZR 69 (1970) Nr. 113 S. 308 E 4, 34 (1935) Nr. 98 S. 216 Sp. 2; Bürgi Art. 725 N 31; Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 Ziff. VI; Schech 78 ff.; Werner 44; ferner Jaeger Art. 295 N 4. Für Forstmoser/Meier-Hayoz § 15 N 4 ist der Sachwalter ein gesetzliches Organ der AG für ausserordentliche Situationen. Marmy 57 Ziff. I vergleicht ihn mit dem Beistand gemäss ZGB 393 Ziff. 4.

165 BGE 98 III 42 (= JdT 120 (1972) II 93). Vgl. auch Extrait 1977, 49 f.; Marmy 57 Ziff. I; Werner 44 f.; ferner BankG 30 II, III; Bodmer/Kleiner/Lutz Art. 29–35 N 12. A.M. Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 Ziff. VI, 151 Ziff. VII 2; Schech 68, 82 ff.; ZR 69 (1970) Nr. 113 S. 307/08. (Dieser Entscheid, der sich auf die angeblich einhellige Auffassung in der Literatur beruft, übersieht die Autoren welscher Zunge.)

166 Vgl. zu den Rechtsmitteln hinten N 39.

167 Max XI (1966) Nr. 507 S. 528 (= BLSchK 32 (1968) 95); ZR 69 (1970) Nr. 113 S. 306 Sp. 2; Gentinetta 48 a.E.; Schech 68/69; Werner 46; vgl. auch ZR 22 (1923) Nr. 33 S. 54 Sp. 2; Marmy 56 a.E. Ein Beispiel in SJZ 73 (1977) 290/91 Ziff. 4.

168 Vgl. ZR 75 (1976) Nr. 20 S. 65 Sp. 1, 69 (1970) Nr. 113 S. 306 Sp. 2; Bürgi Art. 725 N 28 Abs. 2; Funk Art. 725 N 4 a.E.; Gentinetta 48 a.E.; ferner Herold, SJZ 30 (1933/34) 149 Ziff. V 1 lit. c; Schech 46, 75 ff., der jedoch eine alleinige Geschäftsführungsbefugnis des Sachwalters nicht begrüsst (S. 77).

Dauer

Die Sachwalterschaft beginnt, indem der Richter einen Sachwalter ernennt i und dieser damit einverstanden ist. Dem Sachwalter steht es nämlich frei, die ihm vom Richter zugedachte Aufgabe zu übernehmen¹⁶⁹. Eine gesetzliche Pflicht dazu wie etwa bei der Vormundschaft (ZGB 382) besteht hier nicht. So wie er das Ansinnen des Richters, ihn als Sachwalter einzusetzen, ablehnen kann, ist es ihm auch möglich, während des Aufschubs von seiner Tätigkeit zurückzutreten. Andererseits vermag ihn der Richter bei den gegebenen Umständen von seinem Posten zu entheben¹⁷⁰. Üblicherweise endet die Sachwalterschaft jedoch mit dem Ablauf des Aufschubsverfahrens¹⁷¹.

Nach Abschluss des Aufschubs kann der Sachwalter nach OR 725 IV gegebenenfalls als Sachwalter im Nachlassverfahren¹⁷² oder als ausseramtlicher Konkursverwalter¹⁷³ tätig sein. Dadurch bleibt sein Wissen über die Gesellschaftsverhältnisse den Beteiligten erhalten, was Zeit und Kosten spart¹⁷⁴.

Verantwortlichkeit

Von der Verantwortlichkeit des Sachwalters sei an dieser Stelle nur die k zivilrechtliche betrachtet. Das Bundesgericht¹⁷⁵ hat zwar die allfälligen diesbezüglichen Fragen als unklar bezeichnet, doch die Mehrheit der Autoren¹⁷⁶

169 ZR 23 (1924) Nr. 131 S. 222 Sp. 1 bezeichnet den Richter als massgebende Auftragsbehörde. Schech spricht von einer Art öffentlichem Auftragsverhältnis (S. 80, vgl. auch S. 75 a.E.); ferner Werner 44.

170 Werner 44/45; vgl. auch Schech 68, 85 a.E.

171 Vgl. Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 Ziff. VI a.E.; Werner 45 a.E.; ferner Schech 84 nach Anm. 30.

172 Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 Ziff. VI a.E.

173 BGE 104 III 3 (vollständig zit. in Anm. 162).

174 Vgl. auch Werner 45/46.

175 BGE 104 III 3 (vollständig zit. in Anm. 162).

176 Bürgi Art. 753/754 N 122; Forstmoser, Verantwortlichkeit N 665–667; Frick 35, 82; Funk Art. 754 N 8; Guhl SJK 404 Ersatzkarte lit. d; Guhl/Merz/Kummer § 71 I 4 S. 692; J. und E. Henggeler 48; Marmy 61 ff.; Schiess 9/10, 18; E. Schmid, BJSchK 33 (1969) 69 lit. d; Schucany Art. 754 N 6; vgl. auch BankG 42, wonach der Kommissär wie die Bankorgane verantwortlich ist. Für eine Haftung nach OR 41 ff.: Schech 86 f.; Werner 44; ZBJV 61 (1925) 283 Nr. 22; vgl. auch Jaeger Art. 295 N 5 a.E. für den Sachwalter im Nachlassverfahren. Für eine Haftung nach SchKG 5: Bodmer/Kleiner/Lutz Art. 42 N 4; Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 Ziff. VI (er betrachtet zugleich OR 41 ff. als massgebend); Locher 98 Ziff. IV a.E.; vgl. auch Fritzsche II 315 und mit ihm Coradi 94 für den Sachwalter im Nachlassverfahren.

will auf den Sachwalter die Liquidatorenhaftung nach OR 754 II angewandt wissen.

Kosten

- 1 Die durch die Sachwalterschaft entstandenen Kosten gehören zu den Aufschubskosten und sind von der Gesellschaft zu tragen¹⁷⁷. Um sie sicherzustellen, kann der Richter die AG zu einem Kostenvorschuss anhalten, ja diesen sogar zur Bedingung für den Aufschub machen. Zeigt sich im Verlaufe des Verfahrens, dass der Vorschuss zu klein ist, steht es dem Richter frei, von der Gesellschaft weitere Leistungen zu verlangen¹⁷⁸.

Der Sachwalter hat sich, wenn der Vorschuss nicht ausreicht, um sein Honorar und seine Auslagen zu decken, für den fehlenden Rest nur an die AG und nicht an den Staat zu halten¹⁷⁹. Deshalb ist ihm m.E. nicht nur zuzugestehen, Sicherheiten zu begehren¹⁸⁰, sondern ebenso, seine Tätigkeit von der Sicherstellung seiner Kosten abhängen zu lassen¹⁸¹. In der Praxis hat der Richter den Sachwalter auch schon ermächtigt, den Vorschuss für seine Aufwendungen selbständig von der AG einzufordern¹⁸² oder gar die Beträge, um seine Kosten zu begleichen, direkt aus der von ihm verwalteten Geschäftskasse zu beziehen¹⁸³.

Überwiegend werden die Sachwalterforderungen als Massakosten betrachtet¹⁸⁴. Diesem Standpunkt schliesse ich mich an. Immerhin sei daran erinnert, dass diese Frage beim Sachwalter im Nachlassverfahren umstritten ist und auch das Bundesgericht diesbezüglich keine einheitliche Praxis verfolgt hat¹⁸⁵.

177 SJZ 36 (1939/40) 349 Nr. 239; Bürgi Art. 725 N 32; Funk Art. 725 N 4 a.E.

178 Vgl. dazu vorn N 8 und dort zit. Stellen.

179 SJZ 36 (1939/40) 350 Nr. 239. Vgl. auch ZBJV 60 (1924) 566 Nr. 13 für den Sachwalter im Nachlassverfahren.

180 Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 Ziff. VI. Vgl. auch Glarner 56 a.F. für den Sachwalter im Nachlassverfahren.

181 So für den Sachwalter im Nachlassverfahren: Coradi 98 und die dort zit. Jaeger Art. 295 N 5 S. 430, Jaeger Daeniker Art. 295 N 5 S. 513, Max XI (1969) Nr. 722 (= BLSchK 36 (1972) 118 Nr. 30); ferner Archiv IX (1905) Nr. 30 S. 94.

182 SZBK VII (1917) Nr. 22 F 6. Vgl. auch BGE 100 III 34 f. (= Pr 64 Nr. 21) für den Sachwalter im Nachlassverfahren.

183 ZR 23 (1924) Nr. 131 S. 222; vgl. auch SJZ 36 (1939/40) 349 Nr. 239. Schech 89/90 lehnt dieses Vorgehen ab.

184 ZR 23 (1924) Nr. 131 S. 221/22; Bürgi Art. 725 N 32; Schech 90; F. v. Steiger 331 nach Anm. 19; ähnlich Werner 46. A.M. Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 Ziff. VI.

185 Vgl. dazu die Übersichten bei Coradi 98 f. und Ludwig 96 ff.; indessen BGE 105 III 22 f. (= Pr 68 Nr. 134).

Das Bundesgericht¹⁸⁶ hat entschieden, das Entgelt des Sachwalters lasse sich nicht unmittelbar nach dem GebfSchKG¹⁸⁷ bestimmen. Denselben analog anzuwenden, hat es jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen. Herold¹⁸⁸ und Schech¹⁸⁹ wollen ihn denn auch als Berechnungsgrundlage heranziehen, doch gleichzeitig berücksichtigen, dass dieser auf Beamte zugeschnittene Tarif zu tiefe Ansätze für Privatpersonen aufweist. Dieselben sollen sich gemäss Schech gegebenenfalls auf die Honorarordnung ihres Berufsverbandes abstützen. Dagegen bemisst Werner¹⁹⁰ die Sachwalterentschädigung danach, wie schwierig und wichtig dessen Aufgabe ist. Bei dieser unsicheren Rechtslage wird sich der Sachwalter mit Vorteil darüber vergewissern, welche Ansätze er anwenden darf, bevor er seine Tätigkeit aufnimmt.

Den betriebsrechtlichen Aufsichtsbehörden steht es weder zu, die Bezahlung des Sachwalters festzusetzen, noch die dazu zuständige Instanz zu bestimmen¹⁹¹. Über die Sachwaltervergütung befindet der Richter¹⁹².

e) Geschäftsführer

In der Praxis hat der Richter auch schon neben dem Sachwalter provisorisch einen "Geschäftsführer" eingesetzt. Dieses Vorgehen ist m.E. zulässig, doch bin ich nicht einverstanden mit den Folgen, die das Obergericht Zürich¹⁹³ daraus zieht, nämlich dass dieser Geschäftsführer zwar eine geeignete Massnahme gemäss OR 725 IV sei, hingegen keine den Konkursaufschub fördernde Aufgabe ausübe und ihm keine dem Sachwalter analoge Stellung zukomme. Wenn der Geschäftsführer eine geeignete Massnahme i.S.v. OR 725 IV darstellt, dient er dem Konkursaufschub, denn ohne diesen Zweck ist eine Massnahme eben nicht geeignet und somit unzulässig¹⁹⁴. Ausserdem, soweit die Geschäftsführungsbefugnis während des Aufschubs nicht bei der Verwaltung, unter Umständen sogar nur bei einer oder mehreren Personen derselben (z.B. Verwaltungsrat, Direktor oder Prokuristen), liegt, hat sie der

186 BGE 98 III 43 (= JdT 120 (1972) II 94).

187 In den Fassungen vom 6. September 1957 und 7. Juli 1971 (SR 281.35).

188 Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 Ziff. VI.

189 Schech 88/89.

190 Werner 46.

191 BGE 98 III 42 f. (= JdT 120 (1972) II 93 f.).

192 Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 Ziff. VI; Schech 88 a.E.; Werner 46.

193 ZR 69 (1970) Nr. 113 S. 308 E 4.

194 Siehe vorn N 16a.

Richter auf sich oder einen Dritten zu übertragen¹⁹⁵, welcher dementsprechend in sachwalterlicher Funktion handelt. Wie schon gesagt¹⁹⁶, kann der Richter mehrere Sachwalter bestellen. Ist es zweckmässig, so darf er sie nach meinem Dafürhalten auch einander über- bzw. unterordnen und den einen zur Aufsicht über den andern befugen; dennoch haben alle Sachwaltereigenschaft. M.a.W.: Entweder ist dieser provisorische "Geschäftsführer" Organ und als solches tätig, oder er handelt im Auftrag des Richters zwar anstelle von Organen, doch als Aussenstehender und somit als Sachwalter, für die AG.

f) Beschränkung der Dispositionsfähigkeit

- n Mit der Konkurseröffnung verliert der Schuldner die Dispositionsfähigkeit über sein Vermögen¹⁹⁷. Beim Aufschub treten die Folgen des Konkurses gerade nicht ein¹⁹⁸ und die AG vermag deshalb grundsätzlich weiterhin über ihr Vermögen zu verfügen¹⁹⁹. Um das Vermögen zu erhalten und die Gläubiger vor Benachteiligungen irgendwelcher Art zu bewahren, wird der Richter kaum diese Befugnis der Gesellschaft vollumfänglich belassen können, sondern sie einschränken müssen²⁰⁰. Er darf dabei so weit gehen, als er sich noch im Rahmen des vorhin genannten Zweckes bewegt²⁰¹. Das tatsächliche Ausmass hängt jedoch von den Umständen des Einzelfalls und dem Vertrauen ab, das der Richter in die Verwaltung hat²⁰². Er kann etwa die Verwaltung unter seiner Aufsicht belassen oder zudem unter die Obhut eines Sachwalters stellen, ihr die Verfügungsfähigkeit teilweise oder ganz entziehen und entsprechend auf sich oder einen Dritten übertragen, gegebenenfalls nur einem Teil der Verwaltung (vertrauenswürdigen Personen) überantworten. Weiter ist denkbar, bestimmte Handlungen zu untersagen, möglicherweise von der Zustimmung des Richters oder des Sachwalters abhängig zu machen²⁰³. Diese

195 Vgl. hinten N 16n, ferner vorn N 16h.

196 Vorn N 16f bei Anm. 162.

197 Vgl. SchKG 204; Favre 297 Ziff. II 1.; Fritzsche II 41; v. Overbeck 163/64.

198 Siehe hinten N 19.

199 Vgl. auch hinten N 32a.

200 Vgl. Jaeger Art. 192 N 2 S. 604.

201 ZR 75 (1976) Nr. 20 E IVd; Marmy 59; Schech 45; einschränkend Doka, SJZ 23 (1926/27) 338 nach Anm. 7.

202 Marmy 59; Schech 44.

203 Vgl. dazu ZR 75 (1976) Nr. 20 E IVd; Bürgi Art. 725 N 28 Abs. 1; Gentinetta 48 a.E.; Herold, SJZ 30 (1933/34) 149 Ziff. V 1. lit. c (übernommen von Marmy 59 und Werner 46/47 Ziff. 2); Schech 44, 75/76. Mit Herold a.a.O. gehe ich darin nicht einig, dass ohne Zustimmung der Gläubiger bzw. deren Vertreter keine neuen

Beispiele lassen sich ergänzen und auf die verschiedensten Weisen miteinander kombinieren.

Der Richter hat die Verfügungsbeschränkungen ausdrücklich anzuordnen und deren Art näher zu umschreiben²⁰⁴.

Der Entzug der Dispositionsfähigkeit bewirkt, dass die vorher noch dazu berechtigten Personen nicht mehr Aktiven vermindern oder Passiven vermehren dürfen. Ihre diesbezüglichen Handlungen gelten den Gläubigern gegenüber nicht. Ferner sind sie in Aktiv- und Passivprozessen der AG nur beschränkt prozessfähig. Hingegen stehen ihnen die Rechte, welche dem Schuldner im Konkurs zukommen, ebenso während des Aufschubs zu, so etwa die vom Gesetz vorgesehenen Mitwirkungsrechte oder das Recht, dass das Verfahren dem Gesetz entspricht und in einer die berechtigten Interessen der AG schützenden Art und Weise durchgeführt wird²⁰⁵.

g) Gläubigerversammlung und Gläubigerausschuss

Der Richter kann eine Gläubigerversammlung einberufen oder unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Gläubigerversammlung einen Gläubigerausschuss bestellen bzw. einberufen oder bestellen lassen²⁰⁶. Werner²⁰⁷ ist zuzustimmen, wenn er einen Gläubigerausschuss während des Konkursaufschubs als nicht angebracht betrachtet, denn dieser hat nicht die Funktion wie der Gläubigerausschuss im Nachlassvertragsverfahren. Sollte zudem

Verbindlichkeiten eingegangen werden dürften. Die Gläubiger haben im Konkursaufschub keine Mitwirkungsrechte; mehr als allenfalls beratende Stimme kommt ihnen nicht zu (vgl. hinten N 33, ferner N 16o). Solange sie nicht schlechter fahren als bei sofortiger Konkurseröffnung, kann der Richter oder möglicherweise der Sachwalter zulassen, dass die AG neue Verpflichtungen auf sich nimmt. (Vgl. auch vorn Anm. 146. Doka, SJZ 23 (1926/27) 338 nach Anm. 7, verlangt das Einverständnis des Sachwalters bzw. des vom Gericht bestellten Vertreters.) Ebenso ist, solange die Gläubigerinteressen dadurch nicht gefährdet werden, eine Beschränkung des Geschäftsbetriebes auf das unbedingt Notwendige nicht einzusehen.

Dem Sachwalter die Geschäftsführungsbefugnis zu übertragen, begrüsst Schech 77 nicht. M.E. ist gegen dieses Vorgehen nichts einzuwenden, sofern es der Sache dient.

204 Vgl. vorn N 16h, hinten N 32a; Bürgi Art. 725 N 28 Abs. 2; Schech 45.

205 ZR 69 (1970) Nr. 113 S. 305.

206 Vgl. Bürgi Art. 725 N 28 Abs. 3; Herold, SJZ 30 (1933/34) 149 Ziff. 1 lit. e, f; Marmy 59 lit. E; Schech 50, 52 Ziff. 2; Werner 47. Ob der Richter eine Gläubigerversammlung anstelle eines Sachwalters hinzuziehen könne, lässt Gutzwiller Art. 903 N 21 offen.

207 Werner 47.

die Gläubigerversammlung ihn im nachhinein nicht wählen, hätte es nur wenig Sinn gehabt, vorher auf seine Ansichten abzustellen. Umgekehrt ist die Bestätigung des Gläubigerausschusses durch die Gläubigerversammlung, nachdem der Richter oder der Sachwalter dessen Anliegen bereits berücksichtigt hat, praktisch bedeutungslos²⁰⁸ und eigentlich nur eine Farce. Doch unabhängig davon haben die Gläubiger und somit deren Versammlung wie auch deren Ausschuss für die Dauer des Aufschubs lediglich beratende Stimme²⁰⁹. Wie weit eine Gläubigerversammlung oder ein -ausschuss überhaupt geeignet ist, das Vermögen der AG zu erhalten, ist anhand des Einzelfalles zu beurteilen.

h) Betreibungsstopp

- p Verschiedene Autoren²¹⁰ vertreten die Ansicht, der Richter habe als geeignete Massnahme die Einstellung der laufenden Betreibungen sowie das Verbot von neuen zu verfügen. Das ist m.E. keine richterliche Massnahme, sondern eine Wirkung des Konkursaufschubes und tritt deshalb von selbst und unabhängig jeglicher Anordnung ein²¹¹.

3. Aufschubsfrist²¹²

- 17 Im Gegensatz zur Nachlassstundung²¹³ oder zur Bankenstundung²¹⁴ besteht für die Dauer des Konkursaufschubs keine gesetzliche Vorschrift²¹⁵. Das bedeutet indessen, weder deren Fristen analog auf den Aufschub an-

208 Vgl. auch Schech 54.

209 Bürgi Art. 725 N 28 Abs. 3; vgl. auch Schech 51, der allerdings am Ende dieser Seite m.E. zu Unrecht – dem Gläubigerausschuss ein Mitspracherecht bei der Verlängerung der Aufschubsfrist einräumen will. Vgl. auch hinten N 33.

210 Bachmann Art. 657 N 4 Abs. 2; Curti, Aktiengesellschaft 185; ders., Handelsrecht 311; Doka, SJZ 23 (1926/27) 338 bei Anm. 8; Gentinetta 48 Ziff. II 2; Jaeger Art. 192 N 2 Abs. 3.

211 Siehe hinten N 21.

212 Vgl. auch hinten N 34.

213 SchKG 295 I, IV.

214 BankG 29 II, 35 I.

215 Vgl. ZR 22 (1923) Nr. 33 S. 54; Baumann 128 a.E.; Brand SJK 993 S. 6 lit. D; Fritzsche II 33; Gentinetta 49; Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 7; Marmy 61 Ziff. II; R. Müller 35; Schech 61/62.

zuwenden²¹⁶ noch dass dieser unbefristet sei²¹⁷ oder gar vom Willen der Gläubiger²¹⁸ (seit der Revision des OR wohl auch der Verwaltung) abhängt. Vielmehr will der Gesetzgeber die Dauer des Aufschubs dem Ermessen des Richters überlassen, damit derselbe die Verhältnisse des Einzelfalles bestmöglich zu berücksichtigen vermag²¹⁹. Das beinhaltet ebenfalls, dass der Richter die einmal gewährte Aufschubsfrist bei den gegebenen Umständen verlängern kann^{220,221}. Dabei hat er sich zu vergewissern, ob die Voraussetzungen für einen Konkursaufschub²²² bei der Verlängerung immer noch erfüllt sind, andernfalls ist diese selbstverständlich ausgeschlossen. Beim Erstrecken lässt sich üblicherweise der wahrscheinliche Erfolg der Sanierungsbemühungen aufgrund der bisherigen Entwicklung des Verfahrens besser beurteilen als im Zeitpunkt der Aufschubsbewilligung²²³. Der Richter verlangt in der Regel vom Sachwalter, ihn über die Lage der Gesellschaft und deren Aussichten zu informieren, möglicherweise sogar, ihm Anträge zu stellen²²⁴.

F. Wirkungen

Die Auswirkungen des Konkursaufschubes umfassend festzuhalten, sprengt 18 den Rahmen dieser Arbeit bei weitem und ist zudem kaum möglich, da die Verhältnisse bei jeder AG wieder anders liegen. Im folgenden seien denn nur einige allgemeine Gesichtspunkte betrachtet.

216 ZR 22 (1923) Nr. 33 S. 54; Gentinetta 49; Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 lit. e; Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 7; Schech 61/62.

217 SZBK VII (1917) Nr. 22 E 5; ZR 22 (1923) Nr. 33 S. 54; a.M. Kammertagung 1979, 224 Ziff. 4.7, 241 Ziff. 4.7.

218 Curti, Aktienrecht 185; ders., Handelsrecht 311.

219 Vgl. JdT 122 (1974) II 125 (= BLSchK 38 (1974) 115 Nr. 32) und die in Anm. 215 zit. Stellen.

220 Vgl. Baumann 128 a.E.; Brand SJK 993 S. 6 lit. D; Gentinetta 49; Marmy 61 Ziff. II.

221 Entsprechend ist ein diesbezüglicher Antrag von Gläubiger-, Verwaltungs- oder Sachwalterseite nicht nötig, allerdings möglich. A.M. Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 lit. e; vgl. auch Schech 61 Ziff. IV.

222 Siehe vorn N 5 ff.

223 Deswegen jetzt einen strengeren Massstab anzulegen als vorher, wie das Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 lit. e, und Schech 61 lit. B verlangen, leuchtet nicht ein. Solange man die AG vor dem Untergang retten kann und die Gläubiger dabei nicht schlechter fahren als bei sofortiger Konkursöffnung, darf der Richter den Aufschub gewähren, sei es nun das erste oder bereits ein weiteres Mal.

224 Vgl. SJZ 73 (1977) 290/91 Ziff. 4; SZBK VII (1917) Nr. 22 E 5.

1. *Aufschub der Konkursöffnung und deren Wirkungen*

- 19 Der gewährte Aufschub bewirkt – wie der Name schon sagt – als erstes und unmittelbar, dass die Konkursöffnung und deren Folgen vorläufig unterbleiben²²⁵. Der definitive Entscheid, von der Konkursöffnung abzusehen, ist indessen noch nicht gefallen²²⁶.

2. *Richterliche Massnahmen*

- 20 Mit dem Konkursaufschub hat der Richter das Geeignete²²⁷, um das Vermögen zu erhalten, vorzukehren²²⁸. Er kann aber auch noch nach diesem Zeitpunkt²²⁹, und zwar während der ganzen Aufschubsdauer, weitere Massnahmen anordnen, wenn es der Sache dient. Diese Anordnungen wirken wegen des Aufschubs²³⁰.

3. *Rechtsstillstand*

- 21 In der Literatur sind die Meinungen darüber geteilt, ob beim Konkursaufschub der Rechtsstillstand von Rechts wegen²³¹ oder nur aufgrund einer richterlichen Verfügung²³² eintrete und unabhängig davon, wie er zustande gekommen ist, ob eine Konkursöffnung trotzdem noch möglich sei²³³

225 Gentina 48 Ziff. II 1; Henze 138 nach Anm. 6; Herold, SJZ 30 (1933/34) 147 Ziff. 1; R. Müller 36; Schech 31/32; Werner 33 Ziff. 1.

226 SemJud 35 (1913) 558. Schech 42 und 62 spricht vom präliminaren Charakter des Konkursaufschubes.

227 Vorn N 16.

228 OR 725 IV letzter Satz. Vgl. auch R. Müller 39/40.

229 Vgl. vorn Anm. 143.

230 Vgl. etwa Herold, SJZ 30 (1933/34) 149 Ziff. IV 8.

231 Wohl Fritzsche II 33; Marmy 51 Ziff. V 1; unklar Werner 34/35.

232 Bachmann Art. 657 N 4 Abs. 2; Baumann 127 bei Anm. 6; Bürgi Art. 725 N 23; Curti, Aktienrecht 185; ders., Handelsrecht 311; Gentina 48 Ziff. II 2; Herold, SJZ 30 (1933/34) 147 Ziff. 2; Jaeger Art. 192 N 2 Abs. 3; R. Müller 36 bei Anm. 21; Schech 32 Ziff. 2; F. v. Steiger, Genossenschaftsrecht 143; vgl. auch Doka, SJZ 23 (1926/27) 338 bei Anm. 8. Schucany Art. 725 N 5 Abs. 2 spricht dem Richter dieses Recht ab.

233 Jaeger Art. 192 N 2 a.E.; R. Müller 36 f.

oder nicht²³⁴. Das Bundesgericht²³⁵ ist dieser Frage vorerst ausgewichen, hat sie dann aber zu Recht in dem Sinne beantwortet, dass der Konkursaufschub von Rechts wegen einen Rechtsstillstand bewirke. Den Gläubigern könne es nicht gestattet sein, während des Aufschubs Konkursbegehren zu stellen, ansonsten dessen Zweck vereitelt würde. Ihm komme im Ergebnis die Wirkung einer Stundung zu²³⁶. Demgegenüber hat das Bundesgericht in BGE 104 III 21 E 1²³⁷ festgestellt, dass der Richter sehr wohl die Einleitung neuer Betreibungen verbieten dürfe. Dabei hat es sich jedoch weder mit dem Problem des Rechtsstillstandes noch dem vorerwähnten Urteil befasst, geschweige denn die Praxis geändert, was es bekanntlich in seinen Entscheiden besonders zu erwähnen pflegt^{238,239}.

Der Richter kann also den Konkurs erst wieder eröffnen, wenn der – allenfalls verlängerte – Aufschub abgelaufen oder von der Rechtsmittelinstanz aufgehoben worden ist²⁴⁰.

234 Baumann 127/28; Bürgi Art. 725 N 24; Fritzsche II 33; Herold, SJZ 30 (1933/34) 147 Ziff. IV 2; Marmy 51 Ziff. V 1; Schech 32 Ziff. 2; Werner 28 Ziff. 4 a.E., 35 f.

235 BGE 77 III 38 (= Pr 40 Nr. 61 = BISchK 16 (1952) 57 ff. = JdT 100 (1952) II 9 ff.). Das BGER hat lediglich die Verwertung in Pfändungsbetreibungen für öffentlich-rechtliche Forderungen gemäss SchKG 43 ausgeschlossen. Daraufhin hat die AB Genf das auf die Pfandverwertungsbetreibung ausgedehnt, allerdings das vorgängige Verfahren, um die Gläubigerberechtigung abzuklären, zugelassen (BISchK 37 (1973) 171, 189). Und das Kantonsgericht Waadt hat eine Konkursöffnung während der Aufschubsdauer als unstatthaft erklärt (JdT 122 (1974) II 125 = BISchK 38 (1974) 115 Nr. 32).

236 BGE 101 III 106 (vollständig zit. in Anm. 148).

237 = Pr 67 Nr. 79 = SemJud 100 (1978) 597.

238 Ein Beispiel dafür, wie das BGER eine Praxisänderung bekanntgibt: BGE 102 II 329 (= Pr 66 Nr. 45).

239 Das Zürcher OGER hat, ebenso ohne BGE 101 III 106 zu beachten, für den Rechtsstillstand eine ausdrückliche richterliche Anordnung verlangt (SJZ 73 (1977) 290 E 3b).

240 Vgl. auch Werner 28 Ziff. 4 a.E.; JdT 122 (1974) II 125 (= BISchK 38 (1974) 115 Nr. 32); ferner hinten N 34 lit. c.

4. Verjährungs- und Verwirkungsfristen

- 22 Der Konkursaufschub hemmt den Lauf jeder Verjährungs- oder Verwirkungsfrist, die durch Betreibung unterbrochen werden kann²⁴¹. Das trifft ebenfalls für die Wechselverjährung von OR 1070 zu²⁴².

Gemäss Bundesgericht hemmt SchKG 297 ungeachtet des Wortlautes die Fristen nur so weit, "als die Stundung es verunmöglicht, den Fristenlauf durch Betreibungsmassnahmen zu unterbrechen und so den Ablauf der Frist abzuwenden"²⁴³. In allen andern Fällen muss der Gläubiger demnach trotz der Stundung das Betreibungsbegehren stellen. Das Betreibungsamt hat dieses entgegenzunehmen und zu protokollieren²⁴⁴.

Diese Praxis will das Obergericht Luzern²⁴⁵ desgleichen beim Konkursaufschub angewandt wissen. Herold²⁴⁶ ist, zumindest was die Wechselverjährung betrifft, anderer Ansicht, da sonst die Gläubiger zu einer Pro-forma-Betreibung gezwungen würden (eine Erschwernis für die Gläubiger und ein zusätzlicher Arbeitsaufwand für das Betreibungsamt). Das Bundesgericht hat sich meines Wissens bis jetzt nicht mit dieser Frage auseinandergesetzt, sondern lediglich im Falle eines Konkursaufschubes festgehalten, um die Wechselverjährung gemäss OR 1070 zu unterbrechen, genüge das Betreibungsbegehren des Gläubigers; ein Zahlungsbefehl sei nicht nötig²⁴⁷. Daraus könnte man schliessen, das BGer unterstütze den luzernischen Standpunkt.

5. Anfechtungsklage

- 23 Folgt dem Konkursaufschub eine Nachlassstundung, so erstreckt sich gemäss SchKG 316s II 2. Teilsatz²⁴⁸ die Anfechtung nach SchKG 286 und

241 Analogie zu SchKG 297, vgl. Bürgi Art. 725 N 25; Herold, SJZ 30 (1933/34) 148 Ziff. 3; Marmy 51 a.F.; R. Müller 38 lit. c; F. v. Steiger, Genossenschaftsrecht 143. Für Schech 35 unterbricht SchKG 297 den Fristenlauf. Werner 36 Ziff. 4 beruft sich auf OR 134 I Ziff. 6.

242 Herold, SJZ 30 (1933/34) 148 Ziff. 3; R. Müller 38 bei Anm. 26; Schech 36. Die übrigen Auswirkungen des Konkursaufschubs auf das Wechselrecht, aber auch diejenigen auf das Checkrecht bleiben im weitem unberücksichtigt.

243 BGE 40 III 80 (= Pr 3 Nr. 91).

244 Vgl. auch BGE 47 I 109, 41 III 386 (= Pr 4 Nr. 233); ferner Fritzsche II 317.

245 Max VIII (1936) Nr. 515.

246 Herold, SJZ 30 (1933/34) 148 Ziff. 3. R. Müller hat sich ihm angeschlossen (S. 38 bei Anm. 26).

247 BGE 104 III 21 E 2 (= Pr 67 Nr. 79 = SemJud 100 (1978) 597/98 E 2).

248 Vgl. auch VNB 31 II.

287 auf die innerhalb der letzten sechs Monate vor der Bewilligung des Konkursaufschubes vorgenommenen Handlungen. Das trifft nicht nur zu, wenn sich dem Aufschub eine Nachlassstundung anschliesst, sondern in jedem Falle des Aufschubs. M.a.W. die Fristen von SchKG 286 und 287 verlängern sich um die Dauer des Aufschubs²⁴⁹. Stichtag für die Berechnung ist das Datum, an dem der Richter den Aufschub *bewilligt*, und nicht, an dem der Aufschub publiziert wird²⁵⁰. Ebenso unterliegen die während des Aufschubs vorgenommenen Rechtshandlungen der Absichtsanfechtung (SchKG 288)²⁵¹. Der Konkursaufschub hemmt ferner die Verjährung der Anfechtungsklage (SchKG 292)²⁵².

6. *Privilegierte Forderungen*

Das Bundesgericht²⁵³ berechnet die Fristen für das Konkursprivileg von 24 Lohnforderungen nach SchKG 219 bei einer Nachlassstundung vom Zeitpunkt der Bewilligung oder vom Datum der Aussetzung an, wenn der Richter auf das Konkursbegehren eines Gläubigers hin das Erkenntnis gemäss SchKG 173a aussetzt, weil der Schuldner ein Nachlassstundungsgesuch nachgewiesen hat. Daraus lässt sich für den Konkursaufschub entsprechend ableiten: Soweit SchKG 219 Forderungen bevorzugt, hat man die Dauer des Privilegs von der *Aufschubsbewilligung* an rückwärts zu ermitteln²⁵⁴.

249 R. Müller 38; Werner 37 Ziff. 5 a.E.; vgl. auch Berz 77 f.; Henze 138 bei Anm. 7. Statt von "verlängern" sprechen Bürgi Art. 725 N 25 von "Hemmung", Gentinetta 48 Ziff. II 1 und Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 8 von "nicht laufen" sowie Herold, SJZ 30 (1933/34) 148 Ziff. 4, Marmy 52 Ziff. V 1 und Schech 37 von "unterbrechen". Es scheint indessen, dass alle damit das gleiche meinen. Gegen eine Verlängerung der Frist war noch Jaeger Art. 192 N 2 S. 605, allerdings mit einem kritischen Unterton.

250 BGE 101 III 105 (vollständig zit. in Anm. 148).

251 Genauso wie vorhin bei der Schenkungs- und bei der Überschuldungspauliana beschränkt sich die Regelung von SchKG 316s II 1. Teilsatz (vgl. auch VNB 31 II) nicht auf den in eine Nachlassstundung mündenden Konkursaufschub.

252 Vgl. Bürgi Art. 725 N 25; Herold, SJZ 30 (1933/34) 148 Ziff. 4; Marmy 52 Ziff. V 1; Schech 35 a.E.; ferner Berz 81. Zur Rechtsnatur der Frist von SchKG 292 siehe BGE 99 III 82 ff. (= Pr 63 Nr. 68).

253 BGE 78 III 24 ff. E 4 (= Pr 41 Nr. 55 = JdT 100 (1952) II 127/28). Vgl. auch BGE 97 I 317/18, 76 I 284 ff. E 2, 3 (= Pr 40 Nr. 20 = JdT 99 (1951) II 117 ff.).

254 Zum gleichen Ergebnis, aber auf einem andern Weg, gelangen Herold, SJZ 30 (1933/34) 148 Ziff. 5; Marmy 52 Ziff. V 2; Schech 38 f. und Werner 38 Ziff. 7. Den Standpunkt dieser Autoren hat Bürgi Art. 725 N 26 übernommen. Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 8 lassen das für Lohnforderungen von Anspruchsberechtigten, welche das Anstellungsverhältnis während des Konkursaufschubs fortgesetzt haben, nicht gelten. Interessanterweise erachtet Jaeger jedoch in seinem

7. Grundpfandzinsen

- 25 Analog zu SchKG 317g II erstreckt sich auch beim Konkursaufschub die Haftung des Grundpfandes für Grundpfandzinsen gemäss ZGB 818 I Ziff. 3 um dessen Dauer²⁵⁵.

8. Keine Masse

- 26 Dadurch, dass der Aufschub die Wirkungen der Konkurseröffnung bis auf weiteres fernhält²⁵⁶, bildet sich während dieser Zeit keine Masse²⁵⁷.

9. Fälligkeit

- 27 Der Aufschub beeinflusst im Gegensatz zur Konkurseröffnung die Fälligkeit der Forderungen in keiner Art und Weise^{258, 259}. Diese tritt für jede einzelne Schuldverpflichtung wie ursprünglich vorgesehen ein.

10. Zinsenlauf

- 28 Anders als bei der Konkurseröffnung (SchKG 209) laufen die Zinsen beim Aufschub weiter²⁶⁰. Der Richter vermag ihren Fortgang auch nicht mit einer diesbezüglichen Verfügung aufzuhalten²⁶¹.

Kommentar zu Art. 306 in N 9 a.E. für die Fristen des Privilegs im Falle einer Nachlassstundung den Tag, an dem diese bewilligt worden ist, als massgebend.

- 255 Herold, SJZ 30 (1933/34) 148 Ziff. 5 a.E.; R. Müller 39 Ziff. 2 a.E.; Werner 37 Ziff. 6.

256 Vorn N 19.

257 Vgl. Schech 42.

- 258 Gentinetta 48 bei Anm. 37; Jaeger Art. 192 N 2 S. 604/05; R. Müller 39 bei Anm. 29; Schech 43; Werner 38 f. Ziff. 8.

259 Deshalb ist auch die Voraussetzung von OR 504 I allein aufgrund eines Konkursaufschubes nicht erfüllt. Das gilt entsprechend für SchKG 215 I.

- 260 Burgi Art. 725 N 27; Gentinetta 48 bei Anm. 37; Herold, SJZ 30 (1933/34) 148 Ziff. 6; Jaeger Art. 192 N 2 S. 605, Art. 201 N 1; Marmy 52 Ziff. V 3; R. Müller 39 lit. f; Schech 40 a.E.; Werner 40 Ziff. 9.

- 261 Burgi Art. 725 N 27; Herold, SJZ 30 (1933/34) 148 Ziff. 6; Schech 41; Werner 40 Ziff. 9.

11. Verrechnung

Die in SchKG 213 und 214 von der Konkurseröffnung abhängenden Folgen treten gemäss SchKG 316m²⁶² bereits mit der Bekanntgabe des Aufschubs ein, sofern er einer Nachlassstundung vorausgeht. Aber auch ohne nachfolgende Nachlassstundung kommt hier der Aufschub der Konkursöffnung gleich²⁶³, ja muss ihr gleichkommen, denn oft zeichnet sich ein Nachlassvertrag erst während des Aufschubsverfahrens ab. Gälte beispielsweise das Verrechnungsverbot von SchKG 213 im Falle eines Aufschubs, bei dem keine anschliessende Nachlassstundung vorgesehen ist, nicht und würde verrechnet, so ergäbe dies, wenn der Aufschub im nachhinein doch in eine Nachlassstundung münden sollte, einen unhaltbaren Zustand.

Massgebender Zeitpunkt für den Ausschluss der Verrechnung nach SchKG 213 ist die Publikation des Konkursaufschubs im SHAB oder, falls diese irrtümlich unterblieben ist, dessen tatsächliche Kenntnisnahme²⁶⁴.

12. Notstundung

Vor Ablauf eines Jahres seit dem beendeten Konkursaufschub darf der AG keine Notstundung gewährt werden (SchKG 317o II).

13. Verträge

Wie bereits gesagt, schliesst der Aufschub die Konkurseröffnung und deren Folgen einstweilen aus²⁶⁵. Das bedeutet, dass dadurch die vom Gesetz mit der Konkurseröffnung verbundenen Wirkungen auf Verträge grundsätzlich

262 Vgl. auch VNB 32.

263 Vgl. auch Werner 42 Ziff. 11; hingegen noch Jaeger Art. 192 N 2 S. 605.

264 BGE 101 III 107 ff. (vollständig zit. in Anm. 148).

265 Vorn N 19.

ausbleiben, so z.B. bei OR 266²⁶⁶, 295 I, 392 III²⁶⁷, 405, 418s I, 470 III, 518 III und 529 II²⁶⁸. Davon gibt es einige Ausnahmen:

a) Schenkungsversprechen

- b) Im Konkursfall hebt OR 250 II jedes Schenkungsversprechen auf. Der Gläubiger aus dem Schenkungsversprechen erbringt dem Schuldner keine wirtschaftlich gleichwertige Gegenleistung und hat deshalb hinter den übrigen Gläubigern zu stehen²⁶⁹. Entsprechende Überlegungen liegen der Schenkungspauliana (SchKG 286) zugrunde²⁷⁰. So wie der Konkursaufschub die Schenkungsanfechtung und somit eine bereits vollzogene Schenkung beeinflusst²⁷¹, muss er sich ebenfalls auf deren Vorstadium, also die noch nicht erfüllte Schenkung, auswirken. M.a.W. auch aufgrund eines Konkursaufschubes werden jegliche Schenkungsversprechen aufgehoben.

b) Auftrag: OR 401

- c) Für Herold²⁷² setzen mit dem Konkursaufschub die Privilegien des Auftraggebers nach OR 401 ein. Ihm ist zuzustimmen. Seinen Standpunkt unterstützt zudem, dass OR 401 II und III, entgegen dem Wortlaut, nicht nur im

266 Vgl. auch Oser/Schönenberger und Schönenberger Schmid Art. 266 N 1 bzw. N 5, die zwar weder von der Überschuldung noch vom Konkursaufschub sprechen, denen jedoch eine anderweitig als durch Konkurseröffnung festgestellte Zahlungsunfähigkeit (welche allerdings mit der Überschuldung nichts zu tun hat, siehe vorn § 5 N 78 f.) für OR 266 nicht genügt. – Analoges gilt für OR 295 I.

267 Vgl. auch Schönenberger/Troller Art. 392 N 11, die den Konkurs verlangen und Zahlungsschwierigkeiten sowie ein Nachlassverfahren als ungenügend betrachten.

268 Das trifft ebenfalls bei der einfachen Gesellschaft für den Auflösungsgrund von OR 545 I Ziff. 3 zu; vgl. auch Becker Art. 545 N 12.

269 Oser/Schönenberger Art. 250 N 7 i.V.m. N 5. "Die Vorschrift ist in erster Linie zum Schutze der dritten Gläubiger erlassen", Becker Art. 250 N 2.

270 Vgl. Cavin 197 Anm. 6.

271 Siehe vorn N 23.

272 Herold, SJZ 30 (1933/34) 148 Ziff. 1. Ihm haben sich R. Müller 39 lit. g und Werner 43 Ziff. 12 angeschlossen. Das Zürcher OGer schliesst ein Aussonderungsrecht aus, wenn die AG als Beauftragte wegen des Konkursaufschubs in ihrer Dispositionsbefugnis beschränkt ist und die beweglichen Sachen erst nach der Aufschubbewilligung erwirbt, weil sie nach diesem Zeitpunkt gar nicht mehr für Rechnung des Auftraggebers erwerben kann (ZR 75 (1976) Nr. 20 E IVa–d).

Konkursfall, sondern ebenso bei Pfändung, Arrestierung und Nachlassvertrag zugelassen sind²⁷³. Die ausdehnende Interpretation dieses Artikels schliesst gleichsam einen Konkursaufschub mit ein.

c) Bürgschaft

Der Cour de justice civile²⁷⁴ hat noch unter dem alten Bürgschaftsrecht entschieden, dass ein Konkursaufschub die Voraussetzungen, um nach der damaligen Fassung von OR 495 auf den Bürgen greifen zu können, nicht erfülle. Die Revision des Bürgschaftsrechtes vom 10. Dezember 1941, in Kraft seit dem 1. Juli 1942, stellt die gewährte Nachlassstundung der Konkurseröffnung gleich²⁷⁵. Entsprechendes muss für den Konkursaufschub gelten. Wie die Nachlassstundung, unterbindet auch er ein zwangsrechtliches Vorgehen des Gläubigers. Dieser soll, wenn er das, was ihm möglich ist, um den Schuldner zu belangen, getan hat, auf den Bürgen greifen dürfen. Im Gegensatz zu den Massnahmen des Not- und Krisenrechts, welche für ausserordentliche wirtschaftliche Verhältnisse, auf die ein Schuldner in der Regel keinen Einfluss hat, vorgesehen sind und die ihm deshalb zu einem besonderen Schutz verhelfen, der ebenfalls dem einfachen Bürgen zugute kommen soll²⁷⁶, lässt sich der Konkurs immer aufschieben, wenn die dazu nötigen Voraussetzungen erfüllt sind, unabhängig davon, ob äussere, von der AG nicht beeinflussbare Umstände oder Gründe, welche bei der Gesellschaft liegen, zur misslichen Lage geführt haben.

Der Gläubiger hat beim Konkursaufschub ebenso wie bei der Nachlassstundung seinen Pflichten – u.a. denjenigen von OR 505 II – nachzukommen²⁷⁷, um auf den Bürgen greifen zu können.

273 Becker Art. 401 N 5, 8; Gautschi Art. 401 N 10b, 27; Hofstetter 105 Ziff. 7; V. Müller, ZBGR 55 (1974) 277 Ziff. 7; vgl. auch BGE 99 II 396 E 5 (= Pr 63 Nr. 121); v. Büren II 133 Anm. 25. Zu einem andern Schluss, der ihn allerdings nicht restlos befriedigt, kommt Friedrich, ZBJV 91 (1955) 469/70. A.M. ZR 69 (1970) Nr. 22 E 3 a.E.

274 SemJud 63 (1941) 78/79.

275 BBl 1939 II 883; Giovanoli Art. 495 N 13; Oser/Schönenberger Art. 495 N 18; vgl. auch Becker Art. 495 N 28.

276 Scyboz 416 lit. b; vgl. auch Beck Art. 495 N 29; Oser/Schönenberger Art. 495 N 19. Giovanoli Art. 495 N 15a gestattet hingegen den Zugriff auf den einfachen Bürgen desgleichen bei einer Notstundung, sobald der Gläubiger die Betreibung gegen den Schuldner nicht mehr fortsetzen kann.

277 Vgl. Beck Art. 495 N 28; Giovanoli Art. 495 N 14; Oser/Schönenberger Art. 495 N 18; Scyboz 410/11, 416 Anm. 1.

Die Überlegungen zu OR 495 treffen ebenso auf OR 496 II zu. Hingegen wirkt sich der Konkursaufschub nicht auf OR 496 I aus, denn in dieser Bestimmung ist von offenkundiger Zahlungsunfähigkeit die Rede. Bekanntlich sind Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung weder identisch, noch hängen sie voneinander ab²⁷⁸. Wohl sprechen der französische und der italienische Text in OR 496 I von "insolvabilité" bzw. "insolvenza" und in OR 725 II von "solvable" resp. "insolvente", allein, daraus zu schliessen, OR 496 I gelte ebenfalls bei einer Überschuldung, wäre verfehlt. Wie bereits gesagt²⁷⁹, verwenden sowohl der französische als auch der italienische Wortlaut für zwei verschiedene Begriffe die gleiche Bezeichnung. Das kann zu Missverständnissen führen. Die deutsche Fassung indessen trennt scharf zwischen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit. Wenn also das Gesetz in der deutschen Version hier von Zahlungsunfähigkeit spricht, im Falle von OR 725 II jedoch von Überschuldung, so geschieht das bewusst. Die Überschuldung erfüllt demgemäss die Voraussetzung von OR 496 I, nämlich die offenkundige Zahlungsunfähigkeit, nicht. Dazu müsste die überschuldete AG überdies zahlungsunfähig sein.

- e Der Konkursaufschub gehört zum Konkursverfahren, denn SchKG 192 macht sich OR 725 zu eigen. Wo also das Gesetz an gewisse Vorgänge im Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren Rechtsfolgen anknüpft²⁸⁰, treten diese bei den entsprechenden Vorkommnissen im Konkursaufschubsverfahren ebenfalls ein.

Stellt das Gesetz hingegen für Rechtsfolgen auf die Zahlungsunfähigkeit ab²⁸¹, unterbleiben dieselben beim Konkursaufschub²⁸², denn die Zahlungsunfähigkeit ist der Überschuldung nicht gleichzusetzen²⁸³. Die vorgesehenen Wirkungen kommen bei einer überschuldeten AG nur zum Zug, wenn sie zugleich zahlungsunfähig ist.

278 Siehe vorn § 5 N 78.

279 Vorn § 5 Anm. 254.

280 Z.B. OR 259 I, 281 und 281bis. Erst die Verwertung bewirkt den Entzug auf dem Weg des Schuldbetreibungs- und Konkursverfahrens im Sinne von OR 259 I (Schönenberger/Schmid Art. 259 N 6, 40 und dort zit. Literatur).

281 So beispielsweise in OR 83 I, 171 II, 316, 337a und 496 I.

282 Zu OR 83 I: Oser/Schönenberger Art. 83 N 5; vgl. auch Becker Art. 83 N 1, für den die Zahlungsunfähigkeit auf einer Überschuldung beruhen kann. Zu OR 171 II: BGE 68 II 179 (vollständig zit. in § 5 Anm. 158), der auf Becker und auf Oser/Schönenberger OR 83 N 1 bzw. 5 abstellt. v. Büren I 336 stützt sich ebenfalls auf OR 83. Zu OR 316: Dieser Artikel gilt als (allerdings weitergehender) Anwendungsfall von OR 83 (Oser/Schönenberger Art. 316 N 1; vgl. auch Becker Art. 316 N 1; Guhl/Merz/Kummer § 4 IV 6 S. 23, § 45 II 2 lit. c S. 393). Zu OR 496 I: siehe vorn N 31d Abs. 3.

283 Vorn § 5 N 78 und 79.

14. Organe

Der Aufschub bezweckt, die Konkurseröffnung mit ihren Wirkungen nicht eintreten zu lassen²⁸⁴. Dementsprechend verbleiben den Organen grundsätzlich die ihnen von Gesetz und Statuten gewährten Befugnisse. Allerdings kann der Richter dieselben in dem Masse einschränken, als es zur Erhaltung des Vermögens geeignet ist²⁸⁵. Er hat aber Art und Umfang der Beschränkung genau festzulegen²⁸⁶. Dabei ist zu beachten, dass dem Schuldner die im Konkursverfahren allgemein eingeräumten Rechte ebenfalls im Konkursaufschubverfahren zustehen²⁸⁷. Die Organe können also ihre Kompetenzen während des Aufschubs weiterhin ausüben, soweit der Richter nichts anderes angeordnet hat²⁸⁸.

Aus der Natur der Sache ergibt sich, dass die Aufgabe der Kontrollstelle mit dem Aufschub überflüssig wird. Das Schicksal der Gesellschaft liegt ja nun in den Händen des Richters und gegebenenfalls des Sachwalters. Die Kontrollstelle hat dieselben nicht zu überprüfen²⁸⁹.

15. Gläubiger

Die Gläubiger – sei es, dass sie als Versammlung oder in Form eines Ausschusses auftreten – haben während des Aufschubs nur beratende Stimme. Mitwirkungsrechte stehen ihnen erst in einem allfällig sich anschliessenden Nachlassverfahren zu²⁹⁰.

284 Vorn N 19.

285 Siehe vorn N 16n, ferner N 16a.

286 Bürgi Art. 725 N 28 Abs. 2 mit Hinweisen. Vgl. auch vorn N 16n Abs. 2, ferner N 16h.

287 ZR 69 (1970) Nr. 113 S. 305 (siehe auch vorn N 16n a.E.).

288 Bachmann Art. 657 N 4 Abs. 2; Bürgi Art. 725 N 28 Abs. 2; Herold, SJZ 30 (1933/34) 149 Ziff. V 2; Jaeger Art. 192 N 2 Abs. 3; Schech 46; Schucany Art. 725 N 5 a.E.; Werner 53; SJZ 17 (1920/21) 217 Nr. 163; ZR 75 (1976) Nr. 20 E IVd, 10 (1911) Nr. 92 (= SJZ 7 (1910/11) 214 Nr. 63 a.E.) und dort zit. RB OGer und KassGer Zürich 1886 Beilagen S. 51; unklar ZBJV 68 (1932) 501. Vgl. auch Marmy 60. Für die Genossenschaft: Gutzwiller Art. 903 N 21; R. Müller 40 bei Anm. 33. Gemäss BGE 22 S. 1218 hingegen verliert die Gesellschaft mit dem Konkursaufschub das Dispositionsrecht über ihr Vermögen. Ebenso Curti, Aktiengesellschaft 185 und Handelsrecht 311.

289 Vgl. Werner 56. A.M. Kammertagung 1979, 224 Ziff. 4.7, 241 Ziff. 4.7.

290 Bürgi Art. 725 N 28 Abs. 3; vgl. auch vorn N 16o und Anm. 209.

*G. Dauer*²⁹¹

34 Der Konkursaufschub beginnt im Zeitpunkt, in dem er bewilligt worden ist, und nicht mit seiner Publikation²⁹². Er endet in folgenden Fällen:

- a) sobald die AG innerhalb der Aufschubsfrist saniert ist^{293,294},
- b) wenn die zuständige Behörde eine Nachlassstundung gewährt hat²⁹⁵ oder,
- c) falls weder eine Sanierung noch eine Nachlassstundung zustande gekommen ist, mit dem Ablauf der – möglicherweise verlängerten – Aufschubsfrist. Hier hat der Richter den Konkurs zu eröffnen^{296,297}.

291 Vgl. auch vorn N 17.

292 Für das Nachlassverfahren: BGE 57 III 214/15 (= Pr 21 Nr. 31); Brand SJK 959 S. 5 Anm. 15; Favre 402 lit. d; Hüsey 95/96; Jaeger und Jaeger/Daeniker Art. 295 N 2; v. Overbeck 232 Anm. 10; Reichel Art. 297 N 1; a.M. Keller 62 bei Anm. 10.

293 Henze 139; Schech 62/63. Nicht einverstanden bin ich hingegen mit Schech in dem Punkt, dass der Aufschub ebenso dahinfalle, wenn die AG wieder solvent sei (S. 62). Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung hängen nicht voneinander ab (vgl. vorn § 5 N 78). Wird eine AG wieder zahlungsfähig, heisst das noch lange nicht, dass deren Überschuldung ebenfalls beseitigt ist. Solange diese noch besteht, ist aber eine Gesellschaft nicht saniert im Sinne von OR 725 (siehe vorn N 11h bei Anm. 100).

294 Zu den Sanierungsmöglichkeiten zählen u.a. der aussergerichtliche Nachlassvertrag und unter Umständen auch der gerichtliche (vgl. vorn N 11d). Aufgrund seiner Besonderheit beendet der gerichtliche Nachlassvertrag (ordentlicher sowie Liquidationsvergleich), unabhängig davon, ob er zur Sanierung führt oder nicht, den Konkursaufschub; vgl. im Text lit. b und die folgende Anm.

295 Schech 63, 66. — Den gerichtlichen Nachlassvertrag regelt das Gesetz besonders. Er ist ein eigenes, vom Konkursaufschub getrenntes Verfahren, das diesem neben sich keinen Platz lässt (vgl. den Text von SchKG 316m: "... Nachlassstundung ..., gegebenenfalls des vorausgegangenen Konkursaufschubes ..." und von SchKG 316s II: "Ging der Nachlassstundung ein Konkursaufschub ... voraus ..."; siehe auch hinten N 35b). Deshalb vermag ich der Ansicht, dass der Aufschub bis zum Entscheid über den Nachlassvertrag dauere, nicht zu folgen (so Max XI (1970) Nr. 783 a.E. (ein Urteil, das sich allerdings nur schwer mit Max XI (1966) Nr. 607 S. 528 E 3 (= BISchK 32 (1968) 95) in Einklang bringen lässt); ZBJV 68 (1932) 503 (kritisiert von Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 a.E.); sowie Henze 139). Überdies kommt aus dem gleichen Grunde ein Aufschub, wenn von vornherein ein gerichtlicher Nachlassvertrag angestrebt wird, gar nicht in Frage (vgl. vorn N 11o und Anm. 118 sowie hinten N 35b und Anm. 302).

296 Henze 139 f.; Schech 63 a.E. Vgl. auch Herold, SJZ 30 (1933/34) 145 Sp. 1 a.E.

297 Das Zürcher OGer (Archiv II (1893) 11); Curti, Aktienrecht 185 und Handelsrecht 311 sowie Schech 45 f., 62 Ziff. IV a.E., 63 a.E. vertreten die Ansicht, der Richter könne den Konkursaufschub notigenfalls auch widerrufen. Henze 139 kennt diesen Beendigungsgrund nicht.

H. Verhältnis zum Nachlassvertrag

Der **aussergerichtliche Nachlassvertrag** steht auf dem Boden des Privat-^{35a}rechts²⁹⁸. Je nach Ausgestaltung vermag er der von OR 725 IV 2. Satz geforderten Sanierungsaussicht zu genügen und so wie jede andere erfolgversprechende Sanierungsmassnahme einen Konkursaufschub zu rechtfertigen. Das Aufschubverfahren selbst berührt er indessen nicht.

Anders liegen die Verhältnisse beim **gerichtlichen Nachlassvertrag** (ordentlicher und Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung)²⁹⁹. Dieser ist ein vom SchKG³⁰⁰ geregeltes Verfahren, das den Konkursaufschub, mit dem es gewisse Ähnlichkeiten aufweist, nicht neben sich duldet. Der erste behördliche Schritt zum Nachlassvertrag, nämlich die Bewilligung der Nachlassstundung, bedeutet das Ende des Konkursaufschubs. Beide Verfahren können nicht nebeneinander bestehen, sondern nur hintereinander, und zwar dasjenige des Nachlassvertrages nach dem des Aufschubs. SchKG 316m und 316s II bestimmen klar, dass der Konkursaufschub der Nachlassstundung vorausgehe^{301,302,303}. Deshalb kann das Nachlassstundungsgesuch nach SchKG 293 nicht das Konkursaufschubsgesuch ersetzen, wie die Luzerner Schuldbetreibungs- und Konkurskommission³⁰⁴ entschieden hat³⁰⁵. Entsprechend trifft der daraus gezogene Schluss nicht zu, falls der Nachlassvertrag misslinge, sei

298 Fritzsche II 304; vgl. auch Brand SJK 958 S. 11 Ziff. VII; Büchi 88 Ziff. IV; Doka, SJZ 21 (1924/25) 49 f.; Favre 391/92; Glarner 9; Gutzwiller/Hug/Meyer/Wengle N 2316; Haab, ZSR 47 (1928) 163; Hindermann 195; Hüsey 14 a.E.; Kuhn 11 f.; Meier-Hayoz SJK 1134 Ersatzkarte S. 11 Ziff. V 2; Orange 243/44; Piccard, ZSR 35 (1916) 20/21; Rathgeb 5 N 2; Schluep/Richli/Niederhauser 954; Sigg 14, 67 ff.; Stockmann 109 a.E.; BGE 75 III 66 (= JdT 98 (1950) II 50), 52 III 99 (= Pr 15 Nr. 111), 50 II 503/04 (= Pr 14 Nr. 16), weitere Entscheide zum aussergerichtlichen Nachlassvertrag bei Schluep/Richli/Niederhauser 950 a.E.

299 Weitere Literaturhinweise zum Nachlassvertragsrecht vorn in Anm. 2.

300 Art. 293 ff. bzw. 316a ff.

301 Vgl. auch vorn N 34 lit. b und Anm. 295.

302 Das ist auch ein Grund, weshalb der Richter den Konkurs nicht aufschieben soll, wenn von Anfang an ein gerichtlicher Nachlassvertrag beabsichtigt ist (siehe vorn N 110 und Anm. 118). Ein Verfahren einzuleiten, das sogleich von einem andern abgelöst wird, hat wenig Sinn.

303 Nicht einig gehe ich mit Bürgi Art. 736 N 26 a.E., dass im Falle eines Konkursaufschubs nicht um Nachlassstundung gegangen werden könne. Dieser Standpunkt widerspricht dem Wortlaut von SchKG 316m und 316s II. Der Konkursaufschub schliesst einen Nachlassvertrag nicht aus.

304 Max XI (1970) Nr. 783. Nebenbei bemerkt, gemäss der bundesgerichtlichen und interessanterweise ebenfalls der bisherigen luzernischen Rechtsprechung ersetzt das Nachlassstundungsgesuch die Überschuldungsanzeige (siehe vorn § 5 N 97).

305 Umgekehrt ist ein Konkursaufschubsgesuch nicht der Nachlassbehörde zur Prüfung einer Nachlassstundung zu überweisen, wie die Mustersammlung Zivil 42.32 vorschreibt (vgl. auch vorn Anm. 115).

der Konkurs zu eröffnen, weil die gewährte Nachlassstundung in der Wirkung dem Konkursaufschub gleichkomme, der, wenn er dahinfällt, die Konkursöffnung nach sich zieht. Vielmehr ist die Überschuldungsanzeige, auch wenn sie von Schuldnerseite kommt und auf einer gesetzlichen Pflicht beruht, ein Konkursbegehren und der Richter kann bei ihr, wie bei allen Konkursbegehren, im Falle eines Nachlassstundungsgesuches das Konkurserkenntnis gemäss SchKG 173a aussetzen³⁰⁶. Dass er nach OR 725 IV 2. Satz bei einer Überschuldung auf Antrag den Konkurs aufzuschieben vermag, ändert nichts daran. Der überschuldeten AG stehen als Alternative zur Konkurseröffnung zwei voneinander unabhängige Möglichkeiten offen: die eine regelt das SchKG, die andere das OR, wobei ein Nachlassvertrag den Konkursaufschub ausschliesst, jedoch nicht umgekehrt. Entscheidet sich die AG für einen Nachlassvertrag, setzt der Richter daraufhin SchKG 173a entsprechend das Konkursdekret aus, und kommt der Nachlassvertrag in der Folge nicht zustande, so wird die Überschuldungsanzeige wieder aktuell. Der Richter eröffnet gestützt auf sie und nicht auf einen angeblich gleichzeitig dahinfallenden, durch die Nachlassstundung ersetzten Konkursaufschub den Konkurs.

I. Verfahren

1. Zuständige Instanz

- ³⁶ Der für die Konkurseröffnung zuständige Richter³⁰⁷ entscheidet ebenfalls über den Aufschub³⁰⁸.

2. Publikation des Aufschubsantrages³⁰⁹

- ³⁷ Unklar ist, ob das Gesuch der Verwaltung oder eines Gläubigers, den Konkurs aufzuschieben, den Gläubigern öffentlich bekanntzugeben sei, damit sie

³⁰⁶ Auch wenn SchKG 194 nicht auf SchKG 173a verweist, kann der Richter diesen Artikel ebenso bei der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung anwenden (Baumann 126 bei Anm. 3; vgl. auch Favre 285; Fritzsche II 31; a.M. LGVE 1975 I Nr. 266).

³⁰⁷ Vgl. hinten § 7 N 17.

³⁰⁸ Siehe OR 725 IV; vgl. auch Schech 91/92; ferner vorn § 5 N 96c, § 6 N 11m Abs. 2, 12.

³⁰⁹ Zur Publikation des Konkursaufschubes siehe vorn N 16b.

sich dazu äussern können³¹⁰. M.E. ist das nicht notwendig. Der Richter darf ja den Konkurs nur aufschieben, wenn die Gläubiger dabei nicht schlechter fahren als bei der sofortigen Konkurseröffnung³¹¹. Die weiteren Interessen der Gläubiger sind für die Beurteilung des Aufschubes nicht zu berücksichtigen³¹². Zudem verpflichtet das Gesetz den Richter bei OR 725 IV nicht zu einer Parteiverhandlung³¹³. Entsprechend haben die Gläubiger kein Recht, daran teilzunehmen und ihre Gründe für oder gegen einen Konkursaufschub vorzubringen. Sind Gläubiger mit dem Entscheid über den Aufschubsantrag nicht einverstanden, können sie sich mit der Berufung nach SchKG 174 dagegen wehren³¹⁴.

3. Berufung³¹⁵

Laut Bundesgericht³¹⁶ und verschiedenen Autoren³¹⁷ ist die Berufung³⁸ gemäss SchKG 174 gegen die Aussetzung des Konkursdekretes gestützt auf SchKG 173a nicht möglich. Das trifft für den Konkursaufschub nicht zu. Bei ihm wird nicht das Konkurserkenntnis aufgrund von SchKG 173a ausgesetzt, sondern der Konkurs kraft SchKG 192 i.V.m. OR 725 IV 2. Satz aufgeschoben. SchKG 194 erklärt die Berufung nach SchKG 174 auch im Falle der Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung, also u.a. von SchKG 192 und somit OR 725 – einschliesslich des vierten Absatzes –, als anwendbar. M.a.W. gegen den Entscheid, der einen Aufschubsantrag ablehnt oder bewilligt und entsprechend den Konkurs eröffnet oder nicht, ist die Berufung gemäss SchKG 174 zulässig³¹⁸. Legitimiert dazu sind die Schuldnerin, also

310 So Max VIII (1931) Nr. 64 a.E., VII (1924) Nr. 272 S. 34; SJZ 21 (1924/25) 31 Nr. 9; SZBK I (1912) Nr. 152 (übernommen von Jaeger/Daeniker Art. 192 N 2 Abs. 2); Schech 93 Anm. 50; während nach dem Zürcher OGer (ZR 34 (1935) Nr. 105 S. 224) die Gläubiger erst durch die Publikation der Aufschubsbewilligung Kenntnis erhalten.

311 Siehe vorn N 12.

312 Vorn N 4d nach Anm. 18.

313 Vorn § 5 N 115 bei Anm. 605.

314 Siehe N 38.

315 Literaturauswahl vorn in § 5 Anm. 610.

316 BGE 78 III 27 (= Pr 41 Nr. 55).

317 Baumann 139 Anm. 1; Jaeger Art. 174 N 3; Walder Art. 174 Anm. 1; Zahner 49/50.

318 Vgl. JdT 76 (1928) II 115/16 (= SJZ 25 (1928/29) 138 Nr. 100); Max VIII (1932) Nr. 145, VIII (1931) Nr. 64 S. 89, VII (1924) Nr. 274 E 1; Rep. 102 (1969) 360 E 1; SJZ 29 (1932/33) 183 Nr. 128 (nach dem OGer Schaffhausen weist der Aufschub das Konkursbegehren einstweilen ab); Henze 53 bei Anm. 2, 54 lit. c; Jaeger Art. 192 N 2 Abs. 2; Schech 92/93; Zahner 56/57; ferner SJZ 21 (1924/25) 30

die AG bzw. deren zuständige Organe^{319,320}, und die Gläubiger³²¹ (unabhängig davon, ob dieselben am bisherigen Verfahren teilgenommen haben³²²), ausgenommen Anleihsobligationengläubiger, welche einen Vertreter damit betraut haben³²³. Nach dem Zürcher Obergericht³²⁴ sind nur diejenigen Gläubiger berufungsberechtigt, deren Forderungen nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind.

- Nr. 9; Baumann 139 Anm. 1; Bürgi Art. 725 N 17; Jaeger Art. 194 N 1; Schucany Art. 725 N 4 a.E. Für die GmbH: Fellmann 82. La Cour de justice civile de Genève (SemJud 66 (1944) 362 = SJZ 41 (1945) 107 Nr. 64, siehe auch SAG 17 (1944/45) 131) und Marmy 66/67 lassen die Berufung gegen den Aufschubsentscheid ebenfalls zu, jedoch in Analogie zu SchKG 174. Wie oben dargelegt, ist SchKG 174 hier direkt und nicht analog anwendbar. Desgleichen vermögen das Waadtlander Kantonsgericht (Schuldbetreibungs- und Konkurskammer) in JdT 102 (1954) II 126 E 1 und Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 a.E., die einen Weiterzug aufgrund des kantonalen Prozessrechtes gestatten, nicht zu überzeugen.
- 319 Rep. 102 (1969) 360 E 1; Baumann 142 bei Anm. 3; Gentinetta 82 Ziff. 3; Henze 53 bei Anm. 2, 54 lit. c; Jaeger Art. 192 N 2 Abs. 2; Schech 93; Zahner 57; vgl. auch Marmy 67 Ziff. II; für die GmbH: Fellmann 82; aufgrund des kantonalen Prozessrechtes: JdT 102 (1954) II 126 I 1 und Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 a.E.; offengelassen: JdT 76 (1928) II 116; a.M. ZR 34 (1935) Nr. 105 S. 224. Während die Schuldbetreibungs- und Konkurskommission des Luzerner OGer (Max VIII (1932) Nr. 145) dem Verwaltungsrat und einzelnen Aktionären die Legitimation abspricht, billigt Bürgi Art. 725 N 17 Abs. 3 sie der Verwaltung zu. Berechtigterweise spricht Henze der GV das Recht zur Berufung ab (S. 54 a.E.).
- 320 Legt das dafür verantwortliche Organ die Berufung nicht ein, muss es allenfalls für den deswegen der Gesellschaft erwachsenen Schaden einstehen (vgl. Henze 54 lit. c; für die GmbH: Fellmann 82).
- 321 JdT 76 (1928) II 116 (= SJZ 25 (1928/29) 138 Nr. 100); Max VIII (1932) Nr. 145, VIII (1931) Nr. 64 a.E., VII (1924) Nr. 272 S. 34; Rep. 102 (1969) 360 E 1; SemJud 66 (1944) 362/63 (= SJZ 41 (1945) 107 Nr. 64, siehe auch SAG 17 (1944/45) 131); SJZ 21 (1924/25) 30/31; ZR 34 (1935) Nr. 105 S. 224; Baumann 142 bei Anm. 3; Bürgi Art. 725 N 17 Abs. 3; Gentinetta 82 Ziff. 3; Henze 53 bei Anm. 2, 54 lit. c; Jaeger Art. 192 N 2 Abs. 2; Marmy 67/68; Schech 93 bei Anm. 50; Schucany Art. 725 N 4 a.E.; Zahner 57. Fellmann 82 (GmbH). Aufgrund des kantonalen Prozessrechtes: JdT 102 (1954) II 126 E 1; Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 a.E.
- 322 SemJud 66 (1944) 362/63 (= SJZ 41 (1945) 107 Nr. 64, siehe auch SAG 17 (1944/45) 131); SJZ 21 (1924/25) 30/31; Marmy 68. Vgl. auch Herold, SJZ 30 (1933/34) 150 a.E. (nach kantonalem Prozessrecht).
- 323 OR 1159 III bzw. 1183, wenn der Aufschub nicht zustande gekommen ist. Vgl. auch Marmy 68.
- 324 ZR 34 (1935) Nr. 105 S. 224. Diesem Entscheid haben sich Baumann 142 bei Anm. 4, Bürgi Art. 725 N 17 a.E. und Schech 94 angeschlossen (vgl. auch vorn N 5c Abs. 2).

4. *Andere Rechtsmittel*

Gegen die übrigen Entscheidungen des Richters im Aufschubsverfahren, ³⁹ namentlich die angeordneten (oder möglicherweise unterlassenen) Massnahmen, zu denen auch die Bestellung eines Sachwalters gehört, sind die kantonalrechtlichen Rechtsmittel massgebend. Das Bundesrecht hat diese Frage nicht ausdrücklich beantwortet, schliesst indessen eine kantonale Regelung nicht aus³²⁵.

K. Stellung im Meinungsspektrum

Das Institut des Konkursaufschubes ist nicht unbestritten³²⁶. Neben ⁴⁰ Kritik³²⁷ ist es aber auch als wirtschaftlich sinnvoll³²⁸ und in rechtsvergleichender Sicht als erstaunlich weitsichtig³²⁹ gelobt worden.

III. Prozessuale Möglichkeiten

Mittel und Wege der Prozessrechte, um gegen eine Konkurseröffnung vor- ⁴¹ zugehen, werden in dieser Arbeit nicht behandelt. Als Beispiel dafür sei der Aufsatz von Wild³³⁰ erwähnt, der zugleich gewisse, für die Gläubiger unbefriedigende Gesichtspunkte zeigt.

325 ZR 69 (1970) Nr. 114 E 2, 4. Vgl. auch ZR 69 (1970) Nr. 113 E 2, 4. Besonders zur Ernennung des Sachwalters: Herold, SJZ 30 (1933/34) 151 Ziff. VII 1 lit. a; Schech 68, der m.E. zu Unrecht SchKG 17 analog heranzieht, um die Rechtsmittelinstanz zu bestimmen; vorn N 16g.

326 Vgl. etwa die Übersicht über die verschiedenen Ansichten in der Expertenkommission bei Marmy 52 ff.

327 Doka, SJZ 23 (1926/27) 337 ff.

328 J. und E. Henggeler 48, ebenso Marmy 54 und Schech 9/10, die jedoch das Verfahren besser geregelt haben möchten.

329 Hanisch, BJM 1977, 174.

330 Wild, SJZ 44 (1948) 189 ff.

§ 7 Einzelne Verfahrensfragen (Besonderheiten bei der AG)¹

- ¹ Die AG unterscheidet sich im Verfahren grundsätzlich nicht von den andern Schuldner. Indessen ergeben sich aufgrund ihrer Eigenart gewisse Besonderheiten, von denen im folgenden einige erwähnt sind. Zudem kennt die AG – zusammen mit der Kommandit-AG, der GmbH und der Genossenschaft – den Konkursgrund der Überschuldung sowie den Konkursaufschub, was zu weiteren Verfahrensfragen führt.

I. Existenz der Gesellschaft

- ² Bei der Betreibung gegen eine AG oder eine Genossenschaft hat das Betreibungsamt von Amtes wegen festzustellen, ob die Betriebene im Handelsregister eingetragen ist², m.a.W. ob sie überhaupt existiert.

II. Ungenaue Bezeichnung

1. Fehlender Zusatz "AG"

- ³ Der Zahlungsbefehl, der in einer Betreibung gegen eine Aktiengesellschaft, welche den Zusatz "AG" in ihrer Firma führt, denselben nicht enthält, gilt dennoch, sofern die mangelhafte Bezeichnung den wirklichen Schuldner ohne weiteres erkennen lässt und die Beteiligten tatsächlich nicht irregeführt hat. "Die formellen Anforderungen an die Parteibezeichnung im Betreibungsverfahren [dürfen] nicht überspannt werden." Die Urkunde ist zu berichtigen³.

¹ Vgl. auch vorn § 4.

² BGE 41 III 3 f. (= BGF 40 III 446 f. = Pr 4 Nr. 28 = SZBK IV (1915) 213 ff. Nr. 91).
Vgl. auch BGE 79 III 16 (= Pr 42 Nr. 61).

³ BGE 102 III 64 ff. E 2, 3 (= Pr 65 Nr. 199), wörtliches Zitat S. 65.

2. *Betreibung unter alter statt neuer Firma*

Betreibt man eine annektierende AG, die infolge der Fusion ihre Firma ⁴ geändert hat, irrtümlicherweise unter ihrer alten Firma, so gilt die Betreuung als gegen die neue Gesellschaft gerichtet, wenn man diese dadurch nicht in einem berechtigten Interesse schädigt⁴.

III. Betreuungsort

Gemäss SchKG 46 II ist der Betreuungsort der AG zwingend⁵ und un- ^{5a} abhängig der tatsächlichen Verhältnisse⁶ der im Handelsregister eingetragene Sitz^{7,8,9}. Entsprechendes gilt für den Ort der Konkureröffnung, denn

⁴ BGE vom 30. Dezember 1905 (Nestlé & Anglo Swiss Condensed Milk Company) in Archiv X (1906) 74 ff., insbes. 78.

⁵ BGE 96 III 91 E 1 (= Pr 60 Nr. 8), 59 I 20 E 2 (= Pr 22 Nr. 59), 51 III 158 (= Pr 14 Nr. 173), 49 III 3 (= Pr 12 Nr. 45), 40 III 130; BJM 1955, 28; SJZ 65 (1969) 258 E 3; ZR 39 (1940) Nr. 74 S. 147; Amonn 77, 81 f.; Baumann 66; Blumenstein 189/90; Büchi 23; Favre SJK 492 S. 6 Ziff. IV; Fritzsche I 79; Guldener, ZSR 74 (1955) I 30; Gutzwiller/Hug/Meyer/Wengle N 2190; Hindermann 71; Jaeger Art. 46 N 2; Joos 56 a.E.; Kistler 126; Lenzi 47 lit. b, 122, 125 Ziff. II; L. Schuhmacher 65/66 i.V.m. 97; Walder Tafel 43.

⁶ BBl 1909 I 920 (= SJZ 5 (1908/09) 344 Nr. 522); ZR 57 (1958) Nr. 22 S. 53, 39 (1940) Nr. 74 S. 146 (= BISchK 5 (1941) 71 Nr. 25), 24 (1925) Nr. 197 E 1; BGE 44 III 14/15 = Pr 7 Nr. 45 (Kommanditgesellschaft); Baumann 64 bei Anm. 2; Funk Art. 626 N 3 Abs. 1; Fritzsche I 81 Ziff. 4 a.E.; Jaeger Art. 46 N 9 S. 92; Lenzi 46; L. Schuhmacher 97; Siegwart Einl. N 328, 357, Art. 626 N 30.

⁷ Ebenfalls bei der Gesellschaft in Liquidation (Leuthard, BISchK 17 (1953) 40; vgl. auch Jaeger/Daeniker Art. 46 N 9 Abs. 3 und der dort zit. BGE 56 III 137 (= Pr 19 Nr. 183 = ZR 30 (1931) Nr. 184 S. 384); ferner vorn § 3 N 3).

⁸ Verlegt die AG ihren statutarischen Sitz, so ist der neue Sitz erst vom Werktag an, welcher der Bekanntgabe des Handelsregistereintrages im SHAB folgt, für den Betreuungsort massgebend. Vor diesem Zeitpunkt bestimmt noch der bisherige Sitz den Betreibungsstand. So ZR 57 (1958) Nr. 22 S. 53, 39 (1940) Nr. 74 S. 146 (= BISchK 5 (1941) 71 Nr. 25); BGE 45 I 53 (= Pr 8 Nr. 52) für die Genossenschaft, 44 III 15 f. (= Pr 7 Nr. 45) für die Kommanditgesellschaft; Baumann 64 bei Anm. 2; Jaeger Art. 39 N 4 i.V.m. 46 N 9 S. 92; Jaeger/Daeniker Art. 46 N 9 Abs. 2; Leuthard, BISchK 17 (1953) 39/40; W. v. Steiger Einl. N 72 (GmbH); R. Müller 41 (Genossenschaft).

⁹ Der Wohnsitz ihrer Repräsentanten stellt keinen Betreuungsort der AG dar. Vgl. Funk Art. 626 N 3 Abs. 1; Lenzi 45; Siegwart Einl. N 328. Verwaltungsrat, Direktor: ZR 11 (1912) Nr. 184 (= SJZ 10 (1913/14) 69 Nr. 67). Liquidator: BGE 56 III 137 (vollständig zit. in Anm. 7). Generalagent einer Versicherungsgesellschaft: BGE 96 III 91 E 2 (= Pr 60 Nr. 8); Rep. 85 (1952) 56 (= BISchK 18 (1954) 15 Nr. 4 = SJZ 48 (1952) 380 Nr. 157); vgl. auch Amonn 79; Joos 54; ferner Jeker 63 bei Anm. 86. Für die GmbH: W. v. Steiger Einl. N 72.

Gerichtsstand für dieselbe bildet der Betreibungsort¹⁰. Einzig bei Zahlungsflucht ist der Konkurs am letzten schweizerischen Sitz der AG zu eröffnen¹¹.

- b Hat die AG noch Zweigniederlassungen, muss man unterscheiden. Solange sich der Hauptsitz in der Schweiz befindet, ist nur dieser, selbst für Forderungen, die ausschliesslich die Zweigniederlassung betreffen, als Betreibungs- resp. Konkursforum massgebend¹². Ist jedoch die AG im Ausland domiziliert, so begründet der Sitz der schweizerischen Geschäftsniederlassung für die auf Rechnung der letzteren eingegangenen Verbindlichkeiten¹³ einen Betreibungs-

10 Siehe hinten N 17.

11 Vorn § 5 N 43.

12 BGE 59 I 20 E 3 (= Pr 22 Nr. 59), 39 I 268; BLSchK 38 (1974) 15, 37 (1973) 111 Nr. 33; ZR 39 (1940) Nr. 74 S. 146 (= BLSchK 5 (1941) 71 Nr. 25), 28 (1929) Nr. 15 S. 17 (Genossenschaft); Amonn 78/79; Bachmann Art. 624 N 3 a.E., 625 N 2; Baumann 64 bei Anm. 3; Blumenstein 178 bei Anm. 24; Brand SJK 1170 S. 1 Ziff. 2; Büchi 24 Ziff. 2 a.E.; Denzler 258; Diebold 106 § 148; Failletaz 87; Favre 102 Ziff. 3; ders., SJK 492 S. 4 Ziff. 3; Forstmoser/Meier-Hayoz § 44 N 18; Fritzsche I 84 a.E.; Funk Art. 642 N 3 Abs. 3, 934 N 5 a.E.; Gauch N 2074 f., 2136; Guhl/Merz/Kummer § 64 II 4 lit. c S. 616; Guldener, ZSR 74 (1955) I 30 bei Anm. 27; Gutzwiller/Hug/Meyer/Wengle N 2191; Henze 18; His Art. 935 N 39; Jaeger Art. 46 N 3 S. 87, N 9 S. 93; Jaeger/Daeniker Art. 46 N 9 Abs. 1, 166 N 6; Joos 53 a.E.; Lenzi 46/47; Leuthard, BLSchK 17 (1953) 38, 39; Meier-Hayoz/Forstmoser § 19 N 18; Siegwart Art. 642 N 36; F. v. Steiger 323 nach Anm. 19. GmbH: Fellmann 47 bei Anm. 1; W. v. Steiger Einl. N 72, Art. 783 N 9. Genossenschaft: Forstmoser Art. 837 N 36; R. Müller 41. Kommanditgesellschaft: O. Bucher 39. Insbes. bei betrügerischen Handlungen, Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit der Zweigniederlassung: Gentinetta 73/74; Jaeger Art. 190 N 3 S. 593; Leemann 58; Fellmann 45 (GmbH). Ebenfalls für die Gläubiger einer ausländischen Zweigniederlassung ist eine Betreibung bzw. eine Konkursöffnung am schweizerischen Hauptsitz möglich: BGE 81 I 60 (= Pr 44 Nr. 101), Henze 19.

13 Das trifft weder für nicht geschäftliche Schulden noch für Geschäftsschulden, die in keinem Zusammenhang zur Zweigniederlassung stehen, zu, auch wenn sie in der Schweiz eingegangen worden sind. BGE 59 III 5 (= Pr 22 Nr. 40); Baumann 65 Anm. 4; Blumenstein 182 a.F.; Diebold 109/10 § 156 f.; Failletaz 88; Fritzsche I 85; Gauch N 2058 a.F.; Jaeger/Daeniker Art. 5 N 3; Joos 60; L. Schuhmacher 68 i.V.m. 98; ferner BGE 68 III 150 E 1 (= Pr 32 Nr. 24).

Entsprechend sind am Konkurs der Zweigniederlassung nur diejenigen Gläubiger teilnahmeberechtigt, für deren Forderungen die Zweigniederlassung Betreibungs- oder Konkursstand darstellt (BGE 40 III 126/27 F 2; Fritzsche I 86, II 10; Jaeger/Daeniker Art. 50 N 5).

bzw. Konkursort (SchKG 50 I)^{14,15,16}. Bestehen mehrere gleichwertige Zweigniederlassungen einer ausländischen AG in der Schweiz, bildet der Sitz einer jeden einen Betreibungs- und somit Konkursstand^{17,18}. Sobald aber der Konkurs über eine derselben eröffnet ist, schliesst der Grundsatz der Einheit des Konkurses von SchKG 55 weitere Konkurseröffnungen aus – der Konkurs gilt als da eröffnet, wo er zuerst rechtsgültig erkannt worden ist¹⁹ – und

- 14 Allgemein: Baumann 65 bei Anm. 4; Blumenstein 178 Anm. 24 a.E., 182; Brand SJK 1170 S. 1/2; Büchi 26 Ziff. 4.1; Denzler 393; Diebold 105 § 144; Failletaz 88; Favre 103 Ziff. 3 lit. A; ders., SJK 492 S. 5 Ziff. 3 lit. A; Fritzsche I 85, II 10 Ziff. 2; Gauch N 2057; Gentinetta 74; Guldener, ZSR 74 (1955) I 30 Anm. 27; Hilbig 42 bei Anm. 7; His Art. 935 N 39; Joos 60; Lenzi 87, 89; Leuthard, BLSchK 17 (1953) 40 a.E.; Meier-Hayoz/Forstmoser § 19 N 18; v. Overbeck 33 Ziff. V; L. Schuhmacher 68 i.V.m. 98; Sträuli/Messmer § 9 N 5; Walder Tafel 43. Für die AG: BLSchK 37 (1973) 111 Nr. 33; Forstmoser/Meier-Hayoz § 44 N 18; Funk Art. 642 N 3 Abs. 3; Siegwart Art. 642 N 37; Weiss N 477. Für die GmbH: Fellmann 51; W. v. Steiger Einl. N 72 a.E., 112. Für die Genossenschaft: Forstmoser, systematischer Teil N 116 Abs. 3, Art. 837 N 36; Gutzwiler Art. 837 N 14 a.E. Für die Kommanditgesellschaft: O. Bucher 39. Vgl. auch Jaeger, Jaeger/Dacniker und Reichel je Art. 50.
- 15 Wenn die Zweigniederlassung im Handelsregister eingetragen ist, gilt der dort festgehaltene Sitz als Betreibungs- oder Konkursstand (vgl. BGE 76 I 161 a.E. (= Pr 39 Nr. 135), 45 II 273 (= Pr 8 Nr. 123), 38 I 773), und zwar, ungeachtet einer vorhergehenden Geschäftsaufgabe, solange der Handelsregistereintrag besteht (BGE 68 III 150/51 (= Pr 32 Nr. 24); Baumann 65 bei Anm. 5; Diebold 108/09 § 153; Fritzsche I 85; vgl. auch Gauch N 2139). Zur Betreibung einer im Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung einer nicht mehr existierenden ausländischen AG vgl. BGE 51 III 67 f. Zur Betreibung am angeblichen Sitz der schweizerischen Zweigniederlassung vgl. BGE 79 III 16 f. (= Pr 42 Nr. 61).
- 16 Daran ändert gemäss BGer auch der Gerichtsstandsvertrag mit Frankreich (Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen vom 15. Juni 1869, SR 0.276.193.491) nichts für die schweizerische Zweigniederlassung einer AG mit Sitz in Frankreich, solange dort der Konkurs noch nicht eröffnet worden ist (BGE 93 I 720 f. = Pr 57 Nr. 113 mit Zit.; vgl. auch SemJud 54 (1932) 158 f.; Denzler 394/95; Diebold 105 § 144 a.E., 117 § 186; Failletaz 90; Lenzi 87 a.E.; a.M. Blumenstein 551; Gentinetta 74; Henze 20; Jaeger Art. 50 N 1, 166 N 6; Leemann 58; Meili 261/62, 264; ders., Staatsverträge 40; Weiss N 477).
- 17 Henze 21; vgl. auch Diebold 106 § 147; Failletaz 88; Favre SJK 492 S. 6/7; Gauch N 2134; Jaeger Art. 50 N 4, 55 N 1; Joos 60; Lenzi 91; L. Schuhmacher 68 i.V.m. 98.
- 18 Umstritten ist, ob bei einem Subordinationsverhältnis unter den Zweigniederlassungen nur noch ein oder nach wie vor mehrere Betreibungsorte bestehen. Für einen Betreibungsstand, und zwar am Sitz der "Hauptzweigniederlassung" des ausländischen Schuldners, sind Henze 21 (AG); Fellmann 51 (GmbH) und allgemein: Diebold 106 § 147; Jaeger Art. 50 N 4; Joos 60; Lenzi 91; L. Schuhmacher 68 i.V.m. 98. A.M. Gauch N 2135.
- 19 Favre SJK 492 S. 6/7; Gauch N 2137; Jaeger Art. 50 N 4; Reichel Art. 55; L. Schuhmacher 68 i.V.m. 98; Henze 21 (AG); BGE 45 I 52 = Pr 8 Nr. 52 (Genossenschaft); vgl. auch Diebold 113 § 167; Failletaz 88; Lenzi 91; R. Müller 40/41 (Genossenschaft).

zieht das Vermögen sämtlicher schweizerischer Geschäftsniederlassungen in die Masse^{20,21}.

IV. Rechtsstillstand

1. Militärdienst

- 6 Gemäss SchKG 57e²² geniesst auch die AG, deren gesetzliche Vertreter²³ sich im Militärdienst befinden²⁴, Rechtsstillstand, solange sie nicht in der Lage ist, einen anderen Vertreter zu bestellen²⁵. Das heisst einerseits, dass alle gesetzlichen Vertreter im Militärdienst sein müssen. Hält sich nur eine der zur ordentlichen Vertretung befugten natürlichen Personen nicht im

20 Allgemcin: Denzler 393/94; Diebold 112 § 166, 115 § 176 f.; Failletaz 88; Gauch N 2137; Jaeger Art. 50 N 4, 197 N 5 S. 13; AG: Henze 21; GmbH: Fellmann 51 Anm. 4. Vgl. auch Lenzi 91.

21 Für die im Ausland gelegenen Vermögenswerte schweizerischer Zweigniederlassungen vgl. Diebold 115/16 § 178 ff.

22 Mit dieser Bestimmung war beabsichtigt, anlässlich der SchKG-Revision vom 28. September 1949 (BG in AS 1950 I 57 ff.) die bisherige Bundesgerichtspraxis (BGE 66 III 51 E 2 (= Pr 29 Nr. 122 = SemJud 63 (1941) 110), 65 III 121 f. (= Pr 29 Nr. 19 = BISchK 4 (1940) 63 f.), 71 III 25 (= Pr 34 Nr. 49 = BISchK 9 (1945) 125 ff. = SemJud 67 (1945) 439 ff.) für die GmbH, 65 III 115 (= Pr 29 Nr. 18 = SemJud 62 (1940) 40 ff.) für die Kommanditgesellschaft und die Kollektivgesellschaft) im Gesetz festzuhalten (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über eine Teilrevision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 16. März 1948, BBl 1948 I 1223; vgl. auch Schwander, ZSR 69 (1950) 25 a.E.).

23 Die gesetzlichen Vertreter sind die ordnungsgemäss bestellten, ständigen Vertreter, wie Mitglieder der Verwaltung, Prokuristen und andere Handlungsbevollmächtigte (BGE 65 III 121 (vollständig zit. in Anm. 22); ZR 40 (1941) Nr. 75 (= BISchK 8 (1944) 59 ff. Nr. 44 = SJZ 37 (1940/41) 187 Nr. 117); Herbeck 28; Walder Art. 57 N 1; vgl. auch Diethelm 15 Anm. 24).

24 Als Militärdienst gilt jede besoldete schweizerische Dienstleistung im Militärdienst oder im Hilfsdienst (SchKG 57 III) sowie in Zeiten aktiven Dienstes die Dienstleistungen in den Zivilschutzorganisationen, und zwar in den örtlichen Schutzorganisationen und im Betriebsschutz (BG über den Zivilschutz vom 23. März 1962 (SR 520.1) Art. 51). Näheres bei Herbeck 15 ff. und Rügger 19 ff.

25 Ebenso Amonn 90; Brand SJK 1033 S. 3 lit. c; Favre 113; Fritzsche I 94; Joos 64; Killer, BISchK 30 (1966) 6 Ziff. 4. Vor der Gesetzesrevision: Herbeck 27 f.; Rügger 57 ff.; BGer: siehe Anm. 22; ZR 40 (1941) Nr. 75 (vollständig zit. in Anm. 23); ZBJV 78 (1942) 471 (Kollektivgesellschaft). Hingegen lehnten Reichel Art. 57; SJZ 13 (1916/17) 56 Nr. 12, 214 Nr. 187 (Kommanditgesellschaft) und 12 (1915/16) 132 Nr. 99 (Kollektivgesellschaft) einen Rechtsstillstand für juristische Personen infolge Militärdienstes ihrer Vertreter noch ab.

Militärdienst auf, kommt SchKG 57e nicht zum Zug²⁶. Andererseits dauert der Rechtsstillstand nicht von vornherein während der gesamten Dauer des Militärdienstes, sondern nur, solange die AG ausserstande ist, einen andern Vertreter zu bestimmen²⁷. Das wiederum bedeutet zweierlei: Erstens hat die AG die Pflicht, für einen Vertreter zu sorgen, sobald Grund und Möglichkeit dazu vorhanden sind, ansonsten der Rechtsstillstand dahinfällt²⁸. Zweitens darf der Militärdienst nicht so weit voraussehbar sein, als dass die Gesellschaft vorher das Geeignete veranlassen könnte²⁹. Das vermag sie in Friedenszeiten meistens, weiss doch der Wehrmann beizeiten Bescheid über die von ihm zu leistenden Instruktionsdienste oder sollte es aufgrund seiner Erkundungspflicht zumindest rechtzeitig wissen, so dass es der AG möglich ist, das Notwendige vorzukehren³⁰.

2. Verhaftung

Für eine AG, deren sämtliche³¹ Organe verhaftet sind, besteht aufgrund 7 von SchKG 60 Rechtsstillstand, allerdings, analog zu SchKG 57e, nur, wenn

26 Vgl. auch SemJud 64 (1942) 371, 63 (1941) 30 (= SJZ 38 (1941/42) 250 Nr. 112); ZR 40 (1941) Nr. 75 (vollständig zit. in Anm. 23); Max VIII (1939) Nr. 784 (= BISchK 6 (1942) 9 Nr. 5 = SJZ 38 (1941/42) 130 Nr. 57) für die GmbH; ferner Rügger 56 Anm. 29. Der Appellationshof Bern hat bei einer Kollektivgesellschaft sogar auf Rechtsstillstand erkannt, als einer der beiden kollektivzeichnungsberechtigten Gesellschafter im Militärdienst stand (ZBJV 78 (1942) 471).

27 Vgl. Amonn 90; Fritzsche I 94; Rügger 56/57.

28 Vgl. BGE 66 III 51 E 2 (siehe auch SemJud 64 (1942) 453 ff.) und für die GmbH 71 III 25 f. (beide BGE vollständig zit. in Anm. 22). Ebenso Schwander, ZSR 69 (1950) 25 f., und mit ihm Brand, SJK 1033 S. 15 Ziff. 1, die zudem das Betreibungsamt anhalten, der Gesellschaft Frist anzusetzen, um einen Vertreter zu ernennen. Herbeck bezeichnet es als rechtsmissbräuchlich, wenn sich eine juristische Person auf den Rechtsstillstand beruft, obwohl sie es trotz Anlasses und Gelegenheit unterlassen hat, einen ausserordentlichen Vertreter zu bestellen (S. 29, 36).

29 Herbeck 29; Rügger 57; SJZ 39 (1942/43) 381 Nr. 223 (= BISchK 7 (1943) 158 Nr. 85). Ob es sich dabei um freiwilligen oder obligatorischen Militärdienst handelt, ist gleichgültig (BGE 66 III 50 E 1, vollständig zit. in Anm. 22).

30 BGE 65 III 121 (vollständig zit. in Anm. 22); Herbeck 28 a.E. Nicht einverstanden bin ich mit Rügger 58, der in Friedenszeiten den Rechtsstillstand für juristische Personen wegen Militärdienstes ihrer gesetzlichen Vertreter absolut ausschliesst. Ausnahmsweise kann es nämlich vorkommen, dass ein Wehrmann kurzfristig für einen andern als den ursprünglich vorgesehenen Dienst aufgeboden wird. Indessen ist das nicht die Regel.

31 BISchK 42 (1978) 114 Nr. 28 (Co).

diese Organe nicht in der Lage sind, rechtzeitig einen andern Vertreter zu bestellen³².

3. Schwere Erkrankung

- 8 Der Betreibungsbeamte kann auch juristischen Personen und somit der AG gestützt auf SchKG 61 Rechtsstillstand gewähren, falls deren einziges zeichnungsberechtigtes Organ schwer erkrankt ist und andere vertretungsbefugte Personen fehlen³³.

V. Zustellung der Betreibungsurkunden

Inhaltsübersicht: Allgemeines, N 9

Ratio legis, N 10

Empfangsberechtigte Person, N 11a–d

Dauer der Empfangsberechtigung, N 11e

Fehlen von empfangsberechtigten Personen, N 11f

Zustellungsort, N 12

Ersatzzustellung, N 13

Wirkungen der unrichtigen Zustellung, N 14

- 9 Gemäss SchKG 65 sind die an eine AG gerichteten Betreibungsurkunden deren Vertreter zuzustellen³⁴; als solcher gilt jedes Mitglied der Verwaltung und jeder Prokurist³⁵, oder, wenn die genannten Personen nicht angetroffen werden, möglicherweise an einen Angestellten³⁶. Trotz dieser Regelung hat das Zustellen von Betreibungsurkunden an eine AG – sowie ganz allgemein

32 BGE 96 III 7 ff. E 2, 3 (= Pr 59 Nr. 122 = JdT 119 (1971) II 37 ff. = SAG 43 (1971) 150 ff.); Walder Art. 60 N 1; ferner Amonn 91 lit. d; a.M. OGer Zürich in SJZ 58 (1962) 320 Nr. 197. – Vgl. auch JdT 126 (1978) II 91 f.

33 ZR 55 (1956) Nr. 146 S. 293 (= BISchK 21 (1957) 81); Killer, BISchK 30 (1966) 8 a.F. Zu Recht kritisiert Killer a.a.O. Anm. 30 die Rekurskommission Thurgau (RB OGer Thurgau 1957, 70 f. Nr. 16 = BISchK 23 (1959) 141 f. Nr. 42), die einer Kollektivgesellschaft Rechtsstillstand zubilligte, weil derjenige Gesellschafter, welcher die tatsächliche Leitung innehatte, schwer erkrankt war und der andere lediglich völlig untergeordnete Aufgaben erfüllte.

34 SchKG 65 I.

35 SchKG 65 I Ziff. 2.

36 SchKG 65 II.

an juristische Personen – die Gerichte, einschliesslich des Bundesgerichtes, immer wieder beschäftigt. Dabei haben sich im Laufe der Zeit folgende Grundsätze entwickelt:

1. Die Ratio von SchKG 65 ist, “nach Möglichkeit dafür [zu] sorgen, dass 10 die für eine betriebene juristische Person oder Gesellschaft bestimmten Betreibungsurkunden in die Hände der natürlichen Personen gelangen, die in der Betreibungssache für sie handeln können”³⁷.
2. Die Zustellung hat also in erster Linie an einen Vertreter der AG zu er- 11a folgen.

Wie bereits festgehalten, bezeichnet SchKG 65 I Ziff. 2 im Falle der AG b jedes Mitglied der Verwaltung sowie jeden Prokuristen als Vertreter³⁸. Unzweifelhaft zählen nicht nur die Verwaltungsräte, sondern ebenso die Direktoren sowie überhaupt jeder Dritte, dem Vertretungsbefugnis aufgrund von OR 717 II übertragen worden ist³⁹, zu den Verwaltungsmitgliedern und bei einer AG in Liquidation die Liquidatoren. Keine Verwaltungsmitglieder sind indessen der Generalagent einer Versicherung⁴⁰, ein sonstiger Agent⁴¹ der AG oder deren Liegenschaftenverwalter⁴². Hingegen ist ein Kollektivzeichnungsberechtigter fähig, allein Betreibungsurkunden entgegenzunehmen⁴³. Noch nicht beantwortet haben die Ge- c richte meines Wissens die Frage, ob man auch einem nicht vertretungsberechtigten Verwaltungsmitglied der AG⁴⁴ Betreibungsurkunden rechts-

37 BGE 88 III 17 (= Pr 51 Nr. 80 S. 258 = JdT 110 (1962) II 71); vgl. auch Extraits 1970, 93 E 2c (= SJZ 60 (1972) 205 Nr. 85).

38 Bei der Zustellung an eine juristische Person im Ausland entscheidet das Recht des ersuchten Staates, welche natürliche Person befugt ist, für die juristische Person Betreibungsurkunden entgegenzunehmen (BGE 96 III 65 E 1 = Pr 59 Nr. 166 = JdT 119 (1971) II 50). – Zur schweizerischen Zweigniederlassung vgl. Jeker 82 Ziff. III und Lenzi 93 Ziff. 5.

39 Vgl. BGE 35 I 776 (= Monatsblätter III (1910) Nr. 24 E 4 = SJZ 7 (1910/11) 157 Nr. 190); Henze 52; Hindermann 73; Jaeger Art. 65 N 10; Jeker 63 Ziff. I, 66 bei Anm. 99; E. Schmid 119 Ziff. III 1, 121 lit. aa) a.E.

40 BGE 96 III 91 (= Pr 60 Nr. 8 = JdT 119 (1971) II 94).

41 Archiv II (1893) 6.

42 BGE vom 17. Dezember 1917 (Caisse hypothécaire de Genève c. S.I. Deux Ponts-Ecole) in SemJud 40 (1918) 16 a.E.

43 BGE 65 III 73/74 (= Pr 28 Nr. 119 = BJSchK 4 (1940) 86 = ZR 38 (1939) Nr. 129 S. 306 a.E., vgl. auch S. 306 Sp. 1 bzw. BJSchK 4 (1940) 85); E. Bucher § 33 Anm. 108 S. 531/82; v. Büren I 156 bei Anm. 125; Bürgi Art. 718 N 15; Funk Art. 718 N 2 Abs. 2; Jaeger Art. 65 N 11; Jeker 66 bei Anm. 100; E. Schmid 121/22; F. v. Steiger 241 bei Anm. 255; v. Tuhr/Peter § 42 X bei Anm. 117 S. 376.

44 Einzelne Verwaltungsräte können sehr wohl von jeder Vertretungsbefugnis ausgeschlossen sein (F. v. Steiger 239 nach Anm. 247).

gültig zugehen lassen könne⁴⁵. Verschiedene Autoren⁴⁶ lehnen das ab, zum Teil mit der Begründung, OR 717 I, II gestatte, Geschäftsführung und Vertretung an einzelne Personen zu übertragen; entsprechend seien nur diese imstande, rechtswirksam Betreuungsurkunden zu empfangen. Anderer Ansicht ist Kolb⁴⁷. Ihm ist aus verschiedenen Gründen zuzustimmen. Das OR regelt nur die aktive Vertretungsmacht, nicht jedoch die passive. Aktive und passive Vertretungsmacht müssen nicht miteinander übereinstimmen⁴⁸. Eine Person, die nicht aktiv vertretungsberechtigt ist, kann sehr wohl passiv vertretungsbefugt sein. Jeder Verwaltungsrat ist unabhängig seiner aktiven Vertretungsmacht Mitglied der Verwaltung⁴⁹. Als solchem müssen ihm Betreuungsurkunden rechtsverbindlich zugestellt werden können⁵⁰, denn SchKG 65 I Ziff. 2 bestimmt uneingeschränkt, die Zustellung von Betreuungsurkunden erfolge an "jedes Mitglied der Verwaltung" bzw. "un membre de l'administration", "qualunque membro dell'amministrazione". Ein nicht mit der aktiven Vertretung betrautes Mitglied schliesst diese Norm nicht aus. Für einen nur teilweise aktiv Vertretungsbefugten (Kollektivzeichnungsberechtigten) hat das Bundesgericht⁵¹ die selbständige, vollumfängliche passive Vertretungsmacht und somit das Vermögen, allein Betreuungsurkunden anzunehmen, anerkannt. Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des Luzerner Obergerichtes⁵² hat einem nicht zeichnungsberechtigten Verwaltungsmitglied (allerdings eines Stiftungsrates) sogar die Befugnis, Recht vorzuschlagen, zugebilligt. Auch das weist darauf hin, dass man einem zur aktiven Vertretung nicht legitimierten Mitglied der Verwaltung rechtswirksam Betreuungsurkunden zustellen kann, denn nach der Rechtsprechung hängen die Fähigkeit,

45 Allerdings hat die bernische Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen im Falle einer GmbH entschieden, dass der nicht vertretungsberechtigte Hauptgesellschafter, welcher die technische Hauptarbeit leiste, kein Vertreter gemäss SchKG 65 I, sondern Angestellter im Sinne von SchKG 65 II sei (ZBJV 78 (1942) 267 a.E., übernommen von Jaeger/Daeniker Art. 65 N 17 und W. v. Steiger Einl. N 73 a.E., vgl. auch dessen N 18 zu Art. 811; ebenso Fellmann 81 Anm. 3). Bedauerlicherweise ist bei diesem Entscheid die Begründung zu diesem Punkt nicht veröffentlicht worden (vgl. ZBJV 78 (1942) 521 f.).

46 Henze 51/52; Jaeger Art. 65 N 10; Jeker 65/66; E. Schmid 121 lit. aa.

47 Kolb 60.

48 Vgl. Kolb 59/60; ferner v. Tuhr/Peter § 41 I bei Anm. 11 S. 349.

49 Vgl. auch OR 712 I.

50 Die Entgegennahme einer Betreuungsurkunde begründet keine Verbindlichkeit. Vgl. auch BGE 35 I 782 a.F. (vollständig zit. in Anm. 39); Jeker 66 bei Anm. 100; E. Schmid 121 a.E.

51 Siehe vorn Anm. 43.

52 Max IX (1948) Nr. 607 (= BLSchK 12 (1948) 177 Nr. 47 = BLSchK 14 (1950) 111 Nr. 41 = ZBJV 84 (1948) 95/96).

Rechtsvorschlag zu erheben, und diejenige, Betreuungsurkunden entgegenzunehmen, miteinander zusammen⁵³. – Die Zustellung von Betreuungsurkunden an denjenigen Vertreter der AG, welcher als betreibender Gläubiger auftritt, ist aufgrund der dadurch entstehenden Interessenkollision unzulässig⁵⁴. Tritt der Vertreter jedoch seine Forderung einem Dritten ab, so vermag er nach dem Bundesgericht in der Betreuung des Zessionars gegen die AG die Betreuungsurkunden verbindlich für die Gesellschaft zu empfangen⁵⁵.

Betrebungsurkunden kann man einem Vertreter gültig zugehen lassen, e sobald er tatsächlich Vertreter geworden ist, also gegebenenfalls schon vor dem Handelsregistereintrag⁵⁶. Umgekehrt darf man ihn so lange als empfangsfähig ansehen, wie er im Handelsregister eingetragen ist, auch wenn das Vertretungsverhältnis bereits vorher zu bestehen aufgehört hat, ausgenommen dem betreibenden Gläubiger war diese Tatsache bewiesenermassen bekannt⁵⁷.

Fehlt⁵⁸ der AG ein handlungsfähiger Vertreter, sei es, dass das einzige f Verwaltungsratsmitglied gestorben ist⁵⁹, dass es unter Vormundschaft steht⁶⁰, oder sei es aus einem anderen Grund⁶¹, so ist ihr ein Beistand gemäss ZGB 393 Ziff. 4 zu bestellen⁶².

53 Vgl. BGE 65 III 73/74 (vollständig zit. in Anm. 43); ferner PKG 1959 Nr. 56 S. 143 a.E. (= BISchK 25 (1961) 83). Nach Jaeger Art. 74 N 3 sind die in SchKG 65 genannten Personen berechtigt, Recht vorzuschlagen. Dass demzufolge die zum Rechtsvorschlag legitimierten Personen betreibungsurkundenempfangsfähig sind, lässt er m.E. zu Unrecht nicht gelten (Art. 65 N 10).

54 BGE 45 III 29 f.; SemJud 84 (1962) 253 (= SJZ 60 (1964) 272 Nr. 184); ZR 11 (1912) Nr. 28 (= Monatsblätter IV Nr. 150 = SJZ 9 (1912/13) 160 Nr. 136 = Jaeger/Daeniker Art. 65 N 6); Jeker 67/68; E. Schmid 119 Anm. 2; Siegwart Einl. N 339.

55 BGE 54 III 73 f. (= Pr 17 Nr. 97 = Jaeger/Daeniker Art. 65 N 10 Abs. 2). Ebenso Jeker 68; Siegwart Einl. N 339 a.E.

56 ZR 43 (1944) Nr. 38 (= BISchK 9 (1945) 9 f. Nr. 8 = SAG 18 (1945/46) 44 ff. = Jaeger/Daeniker Art. 65 N 10 Abs. 4) für einen Liquidator.

57 BGE 59 III 179 ff. (= Pr 22 Nr. 137 = ZBJV 70 (1934) 562/63 = Jaeger/Daeniker Art. 65 N 10 Abs. 3). Vgl. auch RB OGer Appenzell-Ausser rhoden 1967/68, 42 lit. a (= BISchK 33 (1969) 170/71); ZR 72 (1973) Nr. 61 E 2, 5; Jeker 69 bei Anm. 111; Siegwart Einl. N 328.

58 Ist der Vertreter nur vorübergehend abwesend, so erfolgt Ersatzzustellung (siehe hinten N 13).

59 BGE 56 III 9 f. (= Pr 19 Nr. 42 = SAG 2 (1929/30) 152 f. = Jaeger/Daeniker Art. 65 N 10 Abs. 1); Jeker 67.

60 BISchK 32 (1968) 20.

61 Vgl. das Beispiel in BISchK 11 (1947) 164.

62 Weitere Angaben zur Beistandschaft bei einer AG vorn in § 5 Anm. 86.

- 12a 3. Betreuungsurkunden kann man dem Vertreter im Geschäftslokal⁶³ zustellen oder *alternativ* – wie bei jeder natürlichen Person – in seiner Wohnung oder am Ort, wo er seinen Beruf auszuüben pflegt⁶⁴.
- b Verfügt die AG über kein Geschäftslokal, so bleibt nur die Zustellung an den Vertreter wie bei einer physischen Person, also nach SchKG 64 und gegebenenfalls⁶⁵ nach SchKG 66⁶⁶. Für den letztgenannten Fall vermag auch die AG einen Dritten zu befähigen, für sie Betreuungsurkunden anzunehmen⁶⁷. Befindet sich der statutarische Sitz der AG im Büro einer Person, beispielsweise eines Anwalts, eines Notars oder eines Treuhänders, die nicht Vertreterin der Gesellschaft ist, und besteht kein Zustellungsort eines Vertreters im Betreibungskreis der AG, so gilt der Domizilhalter als eine zur Annahme von Betreuungsurkunden bezeichnete Person i.S.v.

63 Geschäftslokal = Räumlichkeiten, in denen der Vertreter der AG seine Tätigkeit für die Gesellschaft als Mitglied der Verwaltung oder als Prokurist ausübt oder auszuüben pflegt (BGE 88 III 16 f. (= Pr 51 Nr. 80 = JdT 110 (1962) II 70 f. = SAG 35 (1962/63) 226), der die Entscheide 72 III 72 (= Pr 35 Nr. 154 = BISchK 11 (1947) 158 = JdT 95 (1947) II 39) und 57 III 48 E 2 (= Pr 20 Nr. 121 = SemJud 53 (1931) 419) präzisiert; Max XI (1967) Nr. 570 (= BISchK 33 (1969) 135 Nr. 47); F. v. Steiger, SAG 4 (1931/32) 52 f.; vgl. auch BGE vom 14. Mai 1974 (Investors Capital Trust Inc.) in SemJud 98 (1976) 505 E 2; Jeker 81 lit. c; H.M. Riemer, BISchK 42 (1978) 136 bei Anm. 33. A.M. AB Bern in SAG 4 (1931/32) 51 (= ZBJV 67 (1931) 150 Nr. 11 = Jaeger/Daeniker Art. 65 N 16). Das Domizil nach HRegV 43 I stellt nicht von Gesetzes wegen das Geschäftslokal im Sinne von SchKG 65 II dar (BGE 94 I 567 = Pr 58 Nr. 29 = SemJud 91 (1969) 295).

64 BGE vom 16. August 1954 (Resa AG) in BISchK 19 (1955) 93 (hierbei hat es das BGE als unerheblich erachtet, ob der Glaubiger im Betreibungsbegehren den Sitz der betriebenen juristischen Person angegeben hat); 72 III 72/73 (vollständig zit. in Anm. 63); Funk Art. 717 N 2 Abs. 3; F. v. Steiger, SAG 4 (1931/32) 52; Walder Art. 65 N 2. Vgl. auch BGE vom 14. Mai 1974 (Investors Capital Trust Inc.) in SemJud 98 (1976) 505 E 2a; BISchK 12 (1948) 147; Extraits 1968, 58; ferner BGE 57 III 48 (vollständig zit. in Anm. 63). Zustellung in der Wohnung oder am Arbeitsplatz nur subsidiär: Jeker 77, 80 a.E.; W. v. Steiger Einl. N 74 (GmbH); ZR 20 (1921) Nr. 207 E 1 (Kommanditgesellschaft). Geschäftslokal als alleiniger Zustellungsort: Blumenstein 229 lit. b; Jaeger Art. 65 N 6, 17; Joos 92; E. Schmid 123/24; wohl auch Siegwart Einl. N 328.

65 Wenn kein Vertreter Wohnung oder Arbeitsort im Betreibungskreis am Sitz der AG hat.

66 BGE vom 14. Mai 1974 (Investors Capital Trust Inc.) in SemJud 98 (1976) 505 E 2a, vom 15. Juli 1966 (Société de financement immobilier S.A.) in SemJud 90 (1968) 246 E 1, 2, 72 III 73 a.E. (vollständig zit. in Anm. 63) für die Genossenschaft, 44 III 22 f. (= PR 7 Nr. 67 = SZBK 10 (1920) 39/40 Nr. 14) für den Verein; BISchK 12 (1948) 147 (Kollektivgesellschaft); Jaeger Art. 65 N 6, 16; Joos 92; E. Schmid 124; Siegwart Einl. N 328; F. v. Steiger, SAG 4 (1931/32) 54.

67 BGE vom 14. Mai 1974 (Investors Capital Trust Inc.) in SemJud 98 (1976) 505 E 2a sowie die dort zit. BGE 45 III 125 a.E. und 43 III 22/23. Ferner Max X (1954) Nr. 282 (= BISchK 20 (1956) 139 f.); SemJud 91 (1969) 235.

SchKG 65 I bzw. können Betreuungsurkunden in diesen Räumlichkeiten rechtsgültig abgegeben werden⁶⁸.

4. Findet der Zustellbeamte den Vertreter im Geschäftslokal nicht vor,¹³ darf⁶⁹ er die Betreuungsurkunde einem Angestellten⁷⁰ aushändigen (SchKG 65 II)⁷¹. Erfolgt die Zustellung in der Wohnung oder am Arbeitsort des Vertreters, erlaubt SchKG 64 I 2. Satz bei dessen Abwesenheit, die Betreuungsurkunde einem erwachsenen Hausgenossen bzw. einem Angestellten zu übergeben⁷². Die Ersatzzustellung ist in allen Fällen nur zulässig, wenn der Vertreter der AG am Ort, an dem die Zustellung beabsichtigt ist, nicht angetroffen wird⁷³. Zudem muss sich die Ersatzperson am Zustellungsort aufhalten, um die Betreuungsurkunden rechtswirksam

68 RB des Kantonsgerichtes Schwyz 1955, 30 = BLSchK 21 (1957) 109 (entgegen der Ansicht in diesem Entscheid hat das BGE diese Frage in BGE 57 III 49 a.E. (vollständig zit. in Anm. 63) offengelassen, vgl. auch Siegwart Einl. N 328 a.E.); Joos 92; Siegwart Einl. N 328; F. v. Steiger, SAG 4 (1931/32) 54.

69 Es steht dem Zustellbeamten frei (Jeker 73).

70 Angestellter = Person, die "in den gleichen Räumlichkeiten wie der in Frage stehende Vertreter der Gesellschaft arbeitet und deshalb ohne weiteres in der Lage ist und aller Wahrscheinlichkeit nach nicht versäumen wird, die Urkunde unverzüglich an diesen weiterzuleiten, so dass dieser bei seiner Rückkehr ins Geschäftslokal davon Kenntnis erhält" (BGE 88 III 18 E 2 a.E. (vollständig zit. in Anm. 63), 96 III 6 (vollständig zit. in Anm. 32); vgl. auch Extraits 1970, 93/94 (= SJZ 68 (1972) 205 Nr. 85 E 2c a.E.); Max XI (1967) Nr. 570 a.E. (= BLSchK 33 (1969) 135 Nr. 47)). Dabei kann der Angestellte auch nicht im Dienste der betriebenen AG, sondern einer andern, im gleichen Lokal tätigen Gesellschaft stehen. So BGE 88 III 18 E 3, 96 III 6; BLSchK 43 (1979) 101 Nr. 32; vgl. auch BGE 72 III 80 f., 61 III 159 f. (= Pr 25 Nr. 16); SJZ 49 (1953) 145 Nr. 53; H.M. Riemer, BLSchK 42 (1978) 136 bei Anm. 36. A.M. SJZ 21 (1924/25) 41 Nr. 55 (= Jaeger/Daeniker Art. 64 N 8 Abs. 2); Jeker 76 Ziff. 2 i.V.m. 77 Anm. 142; Joos 92. Siehe auch die Beispiele in JdT 115 (1967) II 30 (von einer Kollektivgesellschaft angestellte Putzfrau, die auf Instruktion hin während der Ferien die Post entgegennimmt) und SemJud 91 (1969) 235 (Ehefrau des Verwaltungsrates, welche von ihm den Schlüssel zum Postfach der AG erhält, um während seiner unfallbedingten Abwesenheit die Post für die AG zu empfangen).

71 Vgl. auch etwa BGE vom 14. Mai 1974 (Investors Capital Trust Inc.) in SemJud 98 (1976) 505 E 2a; BLSchK 39 (1975) 111 E 3; Blumenstein 228 lit. c; Jaeger/Daeniker Art. 65 N 10 a.E.; E. Schmid 123 a.E.

72 Vgl. auch BGE vom 14. Mai 1974 (Investors Capital Trust Inc.) in SemJud 98 (1976) 505 E 2a, vom 16. August 1954 (Resa AG) in BLSchK 19 (1955) Rubrum Abs. 2 und S. 94, 72 III 73 f. (vollständig zit. in Anm. 63), 44 III 22 f. (vollständig zit. in Anm. 66); BLSchK 12 (1948) 147; Max XI (1967) Nr. 570 (= BLSchK 33 (1969) 135) sowie das Beispiel in BLSchK 42 (1978) 82 f. Nr. 21. Ferner ZR 20 (1921) Nr. 207 E 1; Jeker 77 bei Anm. 144; Joos 92; H.M. Riemer, BLSchK 42 (1978) 136/37; E. Schmid 124; Siegwart Einl. N 328; Walder Art. 65 N 2.

73 Vgl. BGE 88 III 16, 17/18 (vollständig zit. in Anm. 63), vom 16. August 1954 (Resa AG) in BLSchK 19 (1955) 93; Extraits 1970, 93 E 2c (= SJZ 68 (1972) 205 Nr. 85); Fritzsche I 106 lit. b; Jeker 72 vor Anm. 120, 73 Ziff. 2, 74 lit. a; H.M. Riemer, BLSchK 42 (1978) 136 bei Anm. 35.

empfangen zu können⁷⁴. Ferner darf sie weder betreibender Gläubiger⁷⁵ noch Vertreter des betreibenden Gläubigers⁷⁶ sein⁷⁷. Eine Ersatzzustellung ist nicht statthaft, wenn der AG ein handlungsfähiger Vertreter fehlt⁷⁸. Leitet die Ersatzperson einen Zahlungsbefehl nicht an einen Vertreter der AG weiter, kann das zum nachträglichen Rechtsvorschlag führen⁷⁹.

- 14 5. Die Übergabe an eine nicht empfangsberechtigte Person wirkt, wenn die Urkunde einem Vertreter der AG dennoch zugeht und sich die AG nicht innert 10 Tagen gegen das vorschriftswidrige Zustellen beschwert⁸⁰. Erhält der Vertreter die Betreibungsurkunde trotz unzulänglicher Zustellung so zeitig, dass die AG nicht behindert ist, ihre Rechte wahrzunehmen, fehlt ein rechtlich beachtliches Interesse, um die Zustellung anfechten zu können⁸¹.

74 PKG 1955 Nr. 93 a.E. (= BISchK 22 (1958) 49 Nr. 16); Jeker 73 a.E.

75 Jeker 78 Ziff. III.

76 SemJud 84 (1962) 253/54. Vgl. auch vorn N 11d bei Anm. 54.

77 Ausschlussgründe, die sich bei der ersatzweise Betreibungsurkunden empfangenden Person jedes Schuldners ergeben, bleiben unberücksichtigt. Vgl. dazu etwa Jeker 78 Ziff. III.

78 Vgl. auch vorn N 11f.

79 BGE vom 16. August 1954 (Resa AG) in BISchK 19 (1955) 94; JdT 112 (1964) II 31 (= SJZ 60 (1964) 365 Nr. 253); Rep. 104 (1971) 100 f. (= SJZ 69 (1973) 312 Nr. 130) für die GmbH; ZBJV 58 (1922) 502 (= SJZ 19 (1922/23) 266 Nr. 217 = Jaeger/Daeniker Art. 77 N 2 Abs. 4) für die Eidgenossenschaft; vgl. auch Favre 140/41; Jaeger Art. 77 N 2; ferner Büchi 50/51 Ziff. 2.1.1.

80 BGE 88 III 15 (vollständig zit. in Anm. 63). Extraits 1971, 73 lit. c (= BISchK 39 (1975) 25); vgl. auch Max X (1954) Nr. 282 (= BISchK 20 (1956) 140 Nr. 34).

81 BGE 88 III 15 (vollständig zit. in Anm. 63); 61 III 158/59 (= Pr 25 Nr. 16); JdT 121 (1973) II 55, 115 (1967) II 30 a.E.

VI. Rechtsvorschlag⁸²

Legitimiert zum Rechtsvorschlag einer AG sind deren Vertreter⁸³, und zwar einzeln sowie unabhängig von ihrer Zeichnungsberechtigung⁸⁴. Den Standpunkt, dass jede Person, die gemäss SchKG 65 rechtsverbindlich für die AG einen Zahlungsbefehl entgegenzunehmen vermag, ebenfalls Recht vorzuschlagen dürfe⁸⁵, hat das Bundesgericht zu Recht dahingehend eingeschränkt, dass das wohl für die Personen i.S.v. SchKG 65 I vollumfänglich zutreffe, nicht aber für diejenigen nach SchKG 65 II. Ein Angestellter sei imstande, Recht vorzuschlagen, jedoch nur mit Wissen und Willen einer vertretungsberechtigten Person oder zumindest mit deren nachträglicher Genehmigung. Zudem habe das Betreibungsamt oder die Aufsichtsbehörde auf Begehren des betreibenden Gläubigers zu überprüfen, ob diese Bedingung tatsächlich erfüllt sei⁸⁶. Angesichts der allgemeinen Regel beim Rechtsvorschlag eines nicht bevollmächtigten Dritten ist der Rechtsvorschlag einer Person, der man ersatzweise – sei es aufgrund von SchKG 65 II oder von SchKG 64 I 2. Satz – Betreuungsurkunden für die AG zustellen kann, ebenso nur so weit zu beachten, als dazu das Einverständnis eines Gesellschaftsvertreters vorliegt.

Unterlässt ein Vertreter den Rechtsvorschlag absichtlich, so führt das, selbst wenn er böswillig und zum Schaden der AG handelt, nicht zum nachträglichen Rechtsvorschlag⁸⁷.

82 Literaturauswahl vorn § 6 Anm. 2.

83 Zum Vertreter siehe vorn N 11. Beginn der Vertretungsbefugnis: mit der Wahl zum Vertreter und nicht erst mit dem Handelsregistereintrag (RB OGER Appenzell-Ausser rhoden 1967/68, 43 = BLSchK 33 (1969) 171); vgl. auch vorn N 11e.

84 Für den kollektivzeichnungsberechtigten Vertreter: BGE vom 28. Januar 1964 ("PROVINCE" Genossenschaft) in BJM 1964, 209/10 = BLSchK 28 (1964) 180, 65 III 73/74 (vollständig zit. in Anm. 43) (GmbH); BLSchK 41 (1977) 16, 53; PKG 1959 Nr. 56 S. 143 a.E. (= BLSchK 25 (1961) 83); SJZ 36 (1939/40) 220 Nr. 152 (= BLSchK 4 (1940) 102 f. Nr. 46); E. Bucher § 33 Anm. 108 S. 582; v. Büren I 156 nach Anm. 125; Jaeger/Daeniker Art. 74 N 1; H.M. Riemer, BLSchK 42 (1978) 137 bei Anm. 38; v. Tuhr/Peter § 43 X Anm. 117 S. 376. Für den nicht zeichnungs berechtigten Vertreter: Max IX (1948) Nr. 607 (vollständig zit. in Anm. 52) (Stiftung).

85 Favre 136/37; Hindermann 84; Jaeger Art. 74 N 3; Joos 104; Voegeli 36. Ebenso – trotz des erwähnten BGE – BLSchK 41 (1977) 53, 39 (1975) 112.

86 BGE 97 III 115/16 (= Pr 61 Nr. 61 = JdT 120 (1972) II 85 = SAG 44 (1972) 265, Kurzfassung in SemJud 94 (1972) 272). Vgl. auch H.M. Riemer, BLSchK 42 (1978) 137 bei Anm. 39.

87 Rep. 104 (1971) 104 f. (= SJZ 69 (1973) 313 Nr. 131); ZR 44 (1945) Nr. 155 (= BLSchK 11 (1947) 10 ff. Nr. 6).

VII. Anzeige der Konkursverhandlung

- 16 Unterschiedliche Ansichten bestehen in der Frage, ob die Konkursverhandlung nach den Vorschriften des SchKG oder denjenigen der kantonalen Prozessordnungen anzuzeigen sei. Baumann⁸⁸ hat sich mit ihnen auseinandergesetzt. Seine Erörterungen – ohne damit zu seinem Ergebnis⁸⁹ Stellung zu nehmen – sowie die allgemeine und nicht besonders AG-bezogene Natur dieses konkursrechtlichen Problems erübrigen, dasselbe hier nochmals zu behandeln.

VIII. Konkurseröffnungsort

- 17 Zuständig für die Konkurseröffnung ist das Gericht des ordentlichen Betreibungsortes⁹⁰, also dasjenige des im Handelsregister eingetragenen Gesellschaftssitzes⁹¹. Entsprechend treffen die Ausführungen über den Betreibungsstand⁹² hier ebenfalls zu, und zwar sowohl für die ordentliche Konkursbetreibung, für die Wechselbetreibung wie auch für die Konkurs-eröffnung ohne vorgängige Betreibung. Bei letzterer bildet allerdings die Zahlungsflucht eine Ausnahme: In diesem Fall ist der Konkurs am letzten schweizerischen Sitz der AG zu eröffnen⁹³.

88 Baumann 101 f. Ergänzend zu seinen Zitaten vgl. auch GVP 1967, 126 ff. (= BISchK 39 (1975) 146 ff. = BISchK 35 (1971) 57 ff.) sowie anderseits Walder Art. 168, der den Text von SchKG 168 mit dem Hinweis auf die Art. 34 und 64–66 ergänzt.

89 Baumann kommt zum Schluss, dass die kantonalen Prozessrechte massgebend seien.

90 BGE 59 I 19/20 F 2 (= Pr 22 Nr. 59); Baumann 62; Blumenstein 602; Brand SJK 993 S. 7 Ziff. 1, 1170 S. 1, 4; Gentinetta 73; Guldener, ZSR 74 (1955) I 23 Anm. 9; Gutzwiller/Hug/Meyer/Wengle N 2257; His Art. 935 N 40; Jaeger Art. 166 N 6, 189 N 1, 190 N 3; v. Overbeek 156 Anm. 4; Sträuli/Messmer § 9 N 5; vgl. auch Walder Tafel 43 i.V.m. Tafel 5. Für die Genossenschaft: BGE 45 I 52 (= Pr 8 Nr. 52); ZR 28 (1929) Nr. 15 S. 17/18.

91 Fritzsche II 10; Henze 17 Ziff. II; Locher 82; W. v. Steiger Art. 817 N 10 (GmbH).

92 Siehe vorn N 5.

93 Siehe vorn § 5 N 43.

IX. Beschwerde^{93a}

Zur Beschwerde ist einzig die AG und nicht etwa ein einzelner Aktionär¹⁸ legitimiert⁹⁴. Für die Gesellschaft können hier nur die aktiv Vertretungsberechtigten handeln, und zwar im Rahmen ihrer Vertretungsbefugnis. D.h. für einen Kollektivzeichnungsberechtigten, dass er grundsätzlich nicht allein Beschwerde zu erheben oder einen Beschwerdeentscheid weiterzuziehen vermag, ausgenommen wenn die Gesellschaft nur durch zwei Kollektivzeichnungsberechtigte vertreten wird und gegen den einen ein gerichtliches Verfahren auf Entzug der Vertretungsbefugnis eingeleitet ist⁹⁵.

X. Überschuldung und Konkursaufschub

Über die Besonderheiten im Verfahren bei einer Überschuldung, dem¹⁹ Konkursgrund, der nur für die AG, die Kommanditaktiengesellschaft, die GmbH und die Genossenschaft vorgesehen ist, sowie dem damit zusammenhängenden Konkursaufschub siehe vorn § 5 N 115 bzw. § 6 N 36 ff.

93a Literaturauswahl vorn § 6 Anm. 2.

94 BGE 87 III 99 E 2; für eine AG im Konkurs: BGE 88 III 35 (= Pr 51 Nr. 92), 53 III 112 Nr. 27 (= Pr 16 Nr. 132); Amonn 53. Für den Genossenschafter (selbst wenn er persönlich haftet): BGE 54 III 276 (= Pr 17 Nr. 212). Legitimation der Liquidatoren: BGE 64 III 20 E 1 (= Pr 27 Nr. 70).

95 BGE 65 III 74 (vollständig zit. in Anm. 43). Vgl. auch v. Büren I 156 bei Anm. 126; Jaeger/Daeniker Art. 17 N 2 Abs. 6; Nötzli 53. A.M. Sorg 44.

3. TEIL UND

§ 8 Verhältnisse nach dem Untergang der AG

- ¹ Wird der Eintrag der AG im Handelsregister gelöscht, ist diese nicht mehr betreibungsfähig (weder aktiv noch passiv)^{1,2}.

¹ Vgl. vorn § 3 N 2 f., 7, 9–11, 14, 18, insbes. Anm. 7 und die dort zit. BGE; ferner die in der folgenden Anm. 2 a.F. zit. Stellen. Zur aktiven Betreibungsfähigkeit siehe BGE 73 III 62 (= Pr 36 Nr. 99 = JdT 96 (1948) 12 f.); vgl. auch SemJud 82 (1960) 15/16.

Die Betreibungsfähigkeit hort gegenüber Dritten entsprechend SchKG 39 II und OR 932 II auf (vgl. auch His Art. 933 N 3, 938 N 6) mit dem Werktag, welcher der Publikation der Löschung des Handelsregistereintrages im SHAB nachfolgt. (Zum Unterschied im Wortlaut der beiden soeben erwähnten Artikel vgl. vorn § 3 Anm. 4.)

² Gemäss BGer verliert die AG mit der Löschung des Handelsregistereintrages ihre Rechtspersönlichkeit (BGE 64 II 151 (= SAG 11 (1938/39) 40 = ZR 38 (1939) Nr. 2 S. 6 ff.), 53 III 190, 42 III 40, beide vollständig zit. in § 3 Anm. 7). In der Literatur gehen die Ansichten darüber auseinander (vgl. Bürgi Art. 746 N 7 ff. (da- gegen Art. 736 N 31); Funk Art. 746 N 2 Abs. 3; Guhl SJK 402 Ersatzkarte S. 3/4; Haab, ZBJV 67 (1931) 460; Patry 138 nach Anm. 51; Schaub, SAG 32 (1959/60) 186 ff.; Schucany Art. 746 N 2; F. v. Steiger 340; ders., Prüfung 95; ders., Genos- senschaftsrecht 175; SAG 16 (1943/44) 60 f.; ferner Patry, précis II 283 lit. C Ziff. 1). Indessen berührt dieser Meinungsstreit die Betreibungsfähigkeit der AG nicht. Auch solche Autoren, welche den vom BGer und andern vertretenen Standpunkt ab- lehnen, stellen für deren Vorhandensein auf den Handelsregistereintrag ab, so Bürgi Art. 736 N 31, 746 N 6; Schaub, SAG 32 (1959/60) 187 f.; F. v. Steiger 331 bei Anm. 14; ferner ders., Genossenschaftsrecht 142.

I. Wiedereintragung einer gelöschten Gesellschaft

Unter gewissen Voraussetzungen vermag man die AG wieder im Handelsregister eintragen zu lassen^{3,4}. Entsprechend ist sie erneut betriebsfähig, und zwar sobald ihre Wiedereintragung im Schweizerischen Handelsamtsblatt bekanntgegeben worden ist, genauer mit dem darauffolgenden Werktag⁵. Eine gelöschte AG kann also erst wieder betreiben oder betrieben werden, nachdem sie von neuem im Handelsregister eingetragen ist⁶.

II. Fusionswirkungen⁷

Bei einer Fusion geht die übertragende Gesellschaft (oder Gesellschaften)³ mit der Eintragung des Fusionsbeschlusses im Handelsregister unter. Von diesem Zeitpunkt an bzw. seit dem der Publikation im SHAB folgenden Werktag ist sie nicht mehr betriebsfähig. Als Gemeinschuldnerin kommt nur noch die übernehmende oder die neugegründete AG in Betracht⁸.

3 Vgl. zur Wiedereintragung: BGE 100 Ib 37 ff. (= Pr 63 Nr. 197 = JdT 123 (1975) I 286 ff.), 95 I 64 ff. (= Pr 58 Nr. 99 = JdT 117 (1969) I 644 ff. = SAG 42 (1970) 52 ff.), 87 I 303 ff. (= JdT 110 (1962) I 126 f. = SAG 36 (1964) 130 = SemJud 84 (1962) 43 f. = ZBJV 98 (1962) 476 f.), 78 I 454 ff. (= Pr 42 Nr. 37 = JdT 101 (1953) I 166 f. = Rep. 86 (1953) 77 f. = SAG 25 (1952/53) 163 = SemJud 75 (1953) 463 f.), 73 III 62 (vollständig zit. in Anm. 1), 67 I 121 ff. (= Pr 30 Nr. 110 = JdT 89 (1941) I 583), 64 I 335 ff. (= JdT 87 (1939) I 614 f. = SAG 11 (1938/39) 103 f. = Nobel Nr. 47 S. 188 ff.), 64 II 151 (vollständig zit. in Anm. 2), 59 I 164 (= Pr 22 Nr. 131), 57 I 42 ff. (= Pr 20 Nr. 46), 57 II 235 f. (= Pr 20 Nr. 164), BGE vom 26. Mai 1936 (Kohlensäurefabrik Wildeggen AG in Liquidation) in SAG 9 (1936/37) 15, 60 I 28 ff. (= Pr 23 Nr. 32) für die Kommanditgesellschaft; SAG 34 (1961/62) 26 (= SJZ 57 (1961) 82 Nr. 19); SemJud 82 (1960) 14 ff.; Bürgi Art. 746 N 10 ff.; Couchepin N 133 ff.; Forstmoser/Meier-Hayoz § 42 N 25 f.; Funk Art. 746 N 2 Abs. 3; Guhl SJK 402 Ersatzkarte S. 3/4; Guhl/Merz/Kummer § 70 II 2 lit. d S. 685/86; Gutzwiller Art. 912 N 6; His Art. 939 N 51 ff.; Metzler 1/2; Patry 138 bei Anm. 53; ders., précis II 284 f.; Schaub, SAG 32 (1959/60) 185 ff.; Schucany Art. 746 N 2; F. v. Steiger 340, 346; ders., Prüfung 95; ders., SAG 6 (1933/34) 25 ff.; für die GmbH: Janggen/Becker Art. 823 N 25; W. v. Steiger Art. 823 N 40; für die Genossenschaft: Gutzwiller Art. 912 N 2.

4 Der Eintrag wirkt ex nunc, Bürgi Art. 746 N 14.

5 SchKG 39 II und OR 932 II, vgl. vorn § 3 N 2, insbes. Anm. 3, 4.

6 Vgl. auch Bürgi Art. 736 N 31; Funk Art. 746 N 2 Abs. 3; F. v. Steiger 331 bei Anm. 14; BGE 73 III 62 (vollständig zit. in Anm. 1); SAG 34 (1961/62) 26 (= SJZ 57 (1961) 82 Nr. 19); SemJud 82 (1960) 15/16.

7 Zur Fusion vgl. vorn § 3 N 4 ff. (Literaturauswahl § 3 Anm. 13).

8 Näheres vorn § 3 N 6 f.

- 4 Im Fall der Annexion muss die aufnehmende Gesellschaft das übernommene Vermögen so lange getrennt verwalten⁹, bis die Gläubiger der übertragenden AG befriedigt oder sichergestellt sind (OR 748 Ziff. 2). Sie darf die beiden Vermögen erst vereinigen, wenn die Voraussetzungen, um das Vermögen einer aufgelösten AG unter die Aktionäre zu verteilen, erfüllt sind (OR 748 Ziff. 6)¹⁰, d.h. also frühestens nach Ablauf eines Jahres ab drittem Schuldenruf (OR 745 II)¹¹ oder vorher mit der Bewilligung des Richters (OR 745 III)¹². Bis dahin bildet das Vermögen der übertragenden AG im Konkurs der übernehmenden eine besondere Masse und hat, soweit nötig, ausschliesslich die Gläubiger der annektierten Gesellschaft zu befriedigen (Befriedigungsprivileg von OR 748 Ziff. 5)¹³. Reicht es dazu nicht aus, können die betroffenen Gläubiger mit ihrem Ausfall am Vermögen der aufnehmenden Gesellschaft wie deren Gläubiger teilhaben¹⁴. Verbleibt hingegen ein Überschuss, so fällt dieser in die Konkursmasse der übernehmenden Gesellschaft¹⁵. (Die Gläubiger der annektierenden AG geniessen keinen besonderen Schutz¹⁶.) Die verschiedenen Gläubiger sind also einander erst gleichgestellt, nachdem die getrennten Verwaltungen ordnungsgemäss vereinigt sind¹⁷. Der Eintrag des Fusionsbeschlusses im Handelsregister bewirkt, dass über beide (oder bei mehreren Gesellschaften über alle) Vermögen nur noch ein einziger Konkurs möglich ist¹⁸, da als betreibungsfähiges Rechts-

9 Zur getrennten Verwaltung vgl. Bürgi Art. 748 N 105; R. Frehner 45 ff.; Funk Art. 748 N 4; Mellinger 49 ff.; Schucany Art. 748 N 3; F. v. Steiger 359 nach Anm. 92; Suter 153 ff.; ferner Lehmann 67 ff.

10 Kritik am Gesetzeswortlaut bei R. Frehner 45 a.E.

11 Boemle 392/93; Bürgi Art. 748 N 40 Abs. 2, 102; R. Frehner 44; Funk Art. 748 N 7; Guhl/Merz/Kummer § 70 III 4 a.E. S. 689; Henze 13; Schucany Art. 748 N 6; F. v. Steiger 360; vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz § 43 N 25; Lehmann 72. A.M. Mellinger 57 ff.; Suter 158 ff., 165.

12 Boemle 393; Bürgi Art. 748 N 102; Locher 77; vgl. auch Forstmoser/Meier-Hayoz § 43 N 25; Lehmann 67. A.M. Mellinger 57 ff.; Suter 158 ff., 165.

13 Bürgi Vorbem. zu den Art. 748–750 N 24 Abs. 2, Art. 748 N 40 Abs. 2, N 99 Abs. 2, 3; Guhl SJK 403 Ersatzkarte S. 3/4; Guhl/Merz/Kummer § 70 III 4 S. 689; Mellinger 51 f.; F. v. Steiger 359/60; Suter 153, 167 Ziff. V; vgl. auch R. Frehner 46/47; ferner Forstmoser/Meier-Hayoz § 43 N 25; Lehmann 71; Schucany Art. 748 N 5.

14 Bürgi Art. 748 N 99 Abs. 4; R. Frehner 48/49; Locher 78; Mellinger 52; Suter 155, 167/68; Züllig 66; vgl. auch Funk Art. 748 N 6; F. v. Steiger 359; ferner Henze 13/14; Zollikofer 98/99.

15 Bürgi Art. 748 N 99 Abs. 5; Lehmann 71; Locher 78; Suter 153, 155, 167 Ziff. VI; Züllig 66; ferner Henze 14.

16 Bürgi Art. 748 N 111. Vgl. auch die Kritik bei Mellinger 52, 60 ff.

17 Bürgi Art. 748 N 40 Abs. 2 a.E.; F. v. Steiger 360 bei Anm. 93; vgl. auch Henze 14. Kritik bei R. Frehner 43.

18 Bürgi Art. 748 N 99 Abs. 3, 109 Abs. 2; R. Frehner 48 a.E.; Suter 154 Anm. 25, 166. A.M. Henze 13 f.; Zollikofer 108 f. (beide noch unter dem alten Recht).

subjekt allein die übernehmende AG bestehenbleibt. (Ein Vermögen ist grundsätzlich nicht betreibungsfähig¹⁹, sondern die hinter ihm stehende Rechtsperson.) Betreibungs- und Konkurseröffnungsort ist in jedem Fall der Sitz der aufnehmenden Gesellschaft²⁰, ungeachtet dessen, dass die übertragende AG, solange die getrennte Vermögensverwaltung dauert, neben dem Gerichtsstand der übernehmenden Gesellschaft gemäss OR 748 Ziff. 4 noch den bisherigen hat²¹.

Bei der Kombination verweist OR 749 II u.a. auf die Bestimmungen für die Annexion. Verschiedene Autoren²² wollen diese Vorschriften denn auch hier angewandt wissen. Bürgi²³ hingegen lässt, weil sie dem Prinzip von Recht und Billigkeit widersprechen sowie aus praktischen Gründen, die Ziffern 3, 5 und 6 von OR 748 für die Kombination nicht gelten.

19 Ausnahme: wenn das SchKG einem Vermögen ausdrücklich Betreibungsfähigkeit verleiht (z.B. der Erbschaft bei gewissen Umständen, SchKG 49). Das trifft hier nicht zu.

20 Bürgi Art. 748 N 109 Abs. 2; R. Frehner 49 Ziff. V a.E.

21 Auch eine AG mit Hauptsitz in der Schweiz und einer oder mehreren schweizerischen Zweigniederlassungen hat beispielsweise mehrere Gerichtsstände (OR 642 III), jedoch nur einen Betreibungs- bzw. Konkurseröffnungsort (siehe vorn § 7 N 5b bei Anm. 12).

22 R. Frehner 49/50; Funk Art. 749 N 2; Locher 76; Schucany Art. 749 N 6; F. v. Steiger 362 Ziff. 4 a.E.

23 Bürgi Art. 749 N 7.

LEBENS LAUF

Geboren wurde ich am 1. Juli 1952 in Zürich. Gleichenorts besuchte ich die Primarschule und das Realgymnasium. Im Herbst 1971 bestand ich die Matura (Typus B). Anschliessend begann ich an der Universität Zürich Jurisprudenz zu studieren. Am 12. November 1975 schloss ich mit dem Lizentiat ab. Nach zwei Semestern Wirtschaftswissenschaft, Praxis in der Advokatur und der Verwaltung, Lehrtätigkeit in der Erwachsenenbildung sowie einer Assistenz bei Herrn Prof. Dr. Peter Forstmoser wurde ich am 10. Dezember 1980 zum Doktor der Rechtswissenschaft promoviert.

